UNIVERSITÉ DE LILLE. — FACULTÉ DE DROIT

LA FUSION DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES

au point de vue juridique et fiscal

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

(Sciences Commerciales)

Soutenue le 23 Décembre 1930, à 17 heures

par

Henri MESTDAGH

Jury | MM. AMIAUD, *président*
HAMEL, *suffragant*
DUFOUR, »

LILLE
IMPRIMERIE DOURIEZ-BATAILLE
140, Rue Nationale
—
1930

LA FUSION DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES

AU POINT DE VUE JURIDIQUE ET FISCAL

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions emises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE LILLE. — FACULTÉ DE DROIT

LA FUSION DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES

au point de vue juridique et fiscal

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

(Sciences Commerciales)

Soutenue le 23 Décembre 1930, à 17 heures

par

Henri MESTDAGH

Jury | MM. AMIAUD, *président*
HAMEL, *suffragant*
DUFOUR, »

LILLE
IMPRIMERIE DOURIEZ-BATAILLE
140, Rue Nationale

1930

FACULTE DE DROIT DE LILLE

ENSEIGNEMENT

MM. DUEZ (✻, ⚷, avec palme, O. A. ✪), Doyen, Professeur de Droit international public et de Droit constitutionnel, chargé du cours de Législation financière (Licence).
GUERNIER (✻, O. A. ✪), Professeur d'Economie politique (député) en congé.
MOREL (O. I. ✪), Professeur de Droit administratif, chargé du cours de Droit administratif approfondi (Doctorat).
APPLETON (✻, O. I. ✪, ⚷), Professeur de Procédure civile et Voies d'exécution.
LÉVY-BRUHL (✻, ⚷ av. palme, O. A. ✪), Professeur de Droit romain.
PRUDHOMME (✻, ⚷), Professeur de Droit civil (en congé).
AMIAUD (✻, ⚷, O. I. ✪), Professeur de Droit commercial, chargé du cours de Droit maritime (Licence).
LE BALLE, Professeur de Droit civil, chargé d'un cours de Droit civil approfondi (Doctorat).
MAZEAUD, Professeur de Droit civil (Licence) et de Droit international privé (Licence).
MONIER, Professeur de Droit romain, chargé d'un cours d'Histoire du Droit public (Doctorat).
LAVERGNE (O. I. ✪), Professeur à la Faculté de Droit de Nancy, chargé de cours d'Economie politique et d'Histoire des Doctrines économiques (Doctorat).
SIBERT (✻, ⚷ avec palme, O. A. ✪), Professeur à la Faculté de Droit de Rennes, chargé des cours de Droit international public (Licence et Doctorat).
HAMEL (✻, ⚷ avec palme, O. A. ✪), Professeur à la Faculté de Droit de Strasbourg, chargé de cours de Droit civil (Licence) et d'un cours de Droit commercial complementaire (Licence).
LEPOINTE, chargé du cours d'Histoire du droit (Licence), et du cours d'Histoire du Droit privé (Doctorat).
LHOMME, chargé de cours d'économie politique (Licence).
LASSERRE, chargé de cours d'Economie politique (Licence) et du cours de questions économiques intéressant la région du Nord et de Législation industrielle (Licence).
RAULT, chargé de cours de Droit criminel (Licence).
DUFOUR (⚷, O. A. ✪), chargé du cours d'Enregistrement.

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

ADMINISTRATION

MM. DUEZ (✻, ⚷ avec palme, O. A. ✪), Doyen.
LÉVY-BRUHL (✻, ⚷ av. palme, O. A. ✪), Assesseur du Doyen.
ETLICHER, Secrétaire des Facultés de l'Université.

DOYENS HONORAIRES

MM. VALLAS (✻, O. I. ✪).
WAHL (✻, O. I. ✪).
MM. PILON (✻, O. I. ✪).
MOUCHET (✻, O. I. ✪).

PROFESSEURS HONORAIRES

MM. WAHL (✻, O. I. ✪).
JEZE (✻, O. I. ✪).
DEMOGUE (O. I. ✪).
COLLINET (O. I. ✪).
PILON (✻, O. I. ✪).
LEVY-ULLMANN.
MM. CASSIN (✻, ⚷ av. palme, O. A. ✪).
AFTALION (✻, O. I. ✪).
VALLAS (✻, O. I. ✪).
LACOUR (✻, O. I. ✪).
MOUCHET (✻, O. I. ✪).

SECRÉTAIRE HONORAIRE

M. ROSEAU (O. I. ✪).

A LA MÉMOIRE DE MA FEMME

A MON PÈRE ET A MA MÈRE

SOMMAIRE

PAGES

INTRODUCTION 11

PREMIÈRE PARTIE

La Fusion au point de vue juridique

CHAPITRE I. — DÉFINITION DE LA FUSION. — SES CARACTÈRES JURIDIQUES 23

I. — *Définition* 23

II. — *Analyse juridique de la définition* 25

A) La Fusion est un contrat 25

a) Nécessité de la présence de deux sociétés au moins 25

b) Nécessité du consentement réciproque des sociétés 29

c) Opinion divergente dans la doctrine 30

B) La Fusion à pour conséquence la disparition d'une société au moins 32

a) Etendue de cette seconde condition 32

b) Conséquences. — Pas de fusion possible lorsqu'il y a impossibilité juridique pour l'apporteur de disparaître 32

Pas de fusion possible au cas d'absence de disparition de l'apporteur 33

Pas de fusion possible lorsque la dissolution de la société s'est produite antérieurement 37

C) La Fusion entraîne la substitution aux parts ou actions de la société qui disparaît, des parts actions de la société nouvelle ou absorbante 39

PAGES

CHAPITRE II. — Réalisation de la Fusion 43

I. — *Cas des Sociétés absorbantes*..... 44

a) En principe la Fusion est la cause d'une modification statutaire 45

b) La Fusion exige une augmentation du fonds social 49

c) La Fusion a pour effet une augmentation du capital social 51

d) L'augmentation de capital peut n'être pas correspondante à l'augmentation du fonds social.. 52

II. — *Cas des Sociétés fusionnantes ou absorbées*..... 55

a) L'aliénation des éléments d'actif doit être totale.. 55

b) L'aliénation de l'actif a pour effet immédiat la dissolution avant terme de la société..... 60

c) L'aliénation de l'actif a pour effet médiat le transfert des droits des associés de la société dissoute, dans la société nouvelle ou absorbante 63

1° La Fusion provoque l'augmentation des engagements des participants ou des actionnaires 67

2° La Fusion entraîne le transfert des droits des associés d'une société dans une autre, dont la nationalité se trouve différente..... 68

3° La Fusion entraîne le transfert des droits des associés d'une société dans une autre, dont l'objet et la forme ne sont plus semblables 69

4° Dans tous les autres cas..... 70

CHAPITRE III. — Effets de la Fusion..... 75

A) Les Associés des Sociétés intéressées à la Fusion 75

1° Les Associés de la Société absorbante..... 75

2° Les Associés des Sociétés fusionnantes ou absorbées. 76

B) Les Créanciers des Sociétés intéressées à la Fusion 78

PAGES

1° Les Créanciers de la Société absorbante..... 78
2° Les Créanciers des Sociétés fusionnantes ou absorbées..... 79
a) les Créanciers à créance exigible..... 79
I. — Les Créanciers ne se voient jamais obligés de poursuivre la Société nouvelle ou absorbante 79
II. — Les Créanciers peuvent poursuivre la Société nouvelle ou absorbante dans deux cas..... 80
III. — Les Créanciers peuvent toujours poursuivre les Sociétés fusionnantes ou absorbées..... 82
b) les Créanciers à terme..... 86
c) les Porteurs de parts..... 88

CHAPITRE IV. — Nullité du Contat de Fusion..... 93
A) Différentes sortes de nullités..... 93
B) Effets de la nullité..... 95
C) Responsabilités 96

DEUXIÈME PARTIE

La Fusion au point de vue fiscal

CHAPITRE I. — Le Régime Fiscal de Droit Commun des Fusions 103
1° Les Sociétés nouvelles ou absorbantes..... 103
Droit d'apport 103
Droit de mutation..... 105
Droit de transcription, taxe hypothécaire et salaire du conservateur 109
Droit de timbre des titres négociables..... 110
2° Les Sociétés fusionnantes ou absorbées..... 113
Impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux. 113
Droit fixe de dissolution..... 115

PAGES

3° Les Associés des Sociétés fusionnantes ou absorbées. 115
Droit de partage 115
Impôt cédulaire sur le revenu 116
Impôt général 119

CHAPITRE II. — Le Régime Exceptionnel et Temporaire de la loi de 1928 123

A) Conditions d'application du Nouveau Régime 124
B) Effets du Nouveau Régime 125
C) Etendue de la Réforme 127
D) Examen critique du système 130

TROISIÈME PARTIE

La Fusion à l'Etranger

CHAPITRE I. — La Fusion en Belgique 137
I. — Son statut juridique 137
II. — Son statut fiscal 139
CHAPITRE II. — La Fusion en Allemagne 143
I. — Son statut juridique 143
II. — Son statut fiscal 150
CHAPITRE III. — La Fusion en Italie 153
I. — Son statut juridique 153
II. — Son statut fiscal 157

Conclusion 163

INTRODUCTION

Quatre années de guerre ne se sont pas écoulées sans bouleverser de fond en comble l'économie mondiale. Chez les belligérants, la nécessité de la défense nationale a imprimé aux entreprises déjà existantes un essor puissant et, dans bien des cas, a abouti à la création d'industries nouvelles. On peut dire qu'en France, l'industrie chimique est née de la guerre.

A l'abri de la tourmente, les pays neutres ont compris tout le parti qu'ils pouvaient tirer de la situation. Ils ont construit des usines, amélioré leur outillage, développé leur matériel et se sont ingéniés à prendre sur le marché international la place des nations belligérantes.

La guerre a donc déterminé un mouvement industriel profond qui a fait surgir un peu partout et en surabondance des usines munies pour la plupart d'un outillage perfectionné.

Au cours de l'après-guerre, les gouvernements ont compris l'impérieuse nécessité de protéger leurs industries nouvelles trop jeunes encore pour être à même d'entamer une lutte de prix avec la concurrence étrangère.

Pour réserver aux industries nationales le marché intérieur, des tarifs douaniers nettement protecteurs ont été appliqués. Ils ont constitué une barrière solide contre l'afflux de la production étrangère et permis le plein développement des entreprises récemment créées. Seule en Europe, malgré l'existence de droits dits de « safeguarding », l'Angleterre est restée fidèle à la doctrine traditionnelle du libre échange.

Cette attitude va-t-elle se maintenir longtemps encore ? Il est permis d'en douter. Le vote du Tariff Bill américain va sans doute inciter le Royaume Uni à entrer lui aussi, d'une façon très nette, dans la voie du protectionnisme.

Si les élections législatives de 1923 et de 1929 ont donné la victoire aux libre-échangistes anglais, il ne faut pas oublier qu'à l'intérieur du pays une campagne ardente est menée en faveur de l'établissement de « droits compensateurs sur les marchandises non impériales ». La politique américaine a donné un regain d'actualité aux plans dits « impérialistes » de Sir A. Chamberlain et de Sir Mond. Dans une réunion tenue au début de juillet 1930, les banquiers de la Cité ont voté la résolution suivante : « Des mesures urgentes concernant le « progrès du commerce impérial sont reconnues néces- « saires en vue d'assurer et d'étendre la vente des pro- « duits anglais, soit en Grande Bretagne, soit sur les « marchés extérieurs. Une amère expérience a prouvé « que les espoirs fondés, il y a quatre ans, sur un recul « du protectionnisme en Europe étaient illusoires. Les « droits protecteurs se sont élevés et la vente des pro-

« duits européens sur les marchés britanniques n'a cessé « de s'acroître. Tout en conservant l'espoir que le sys- « tème du libre-échange finira par prévaloir, nous esti- « mons que, pour le présent, le seul moyen d'assurer « et d'étendre la vente des produits anglais réside dans « des accords commerciaux réciproques entre les na- « tions qui constituent l'Empire britannique. En garan- « tie de ces accords, la Grande Bretagne devra ouvrir « ses marchés à tous les produits de l'Empire et imposer « des droits d'entrée sur toutes les importations des au- « tres pays. »

On peut croire à la fin du libre-échange en Angleterre lorsqu'on voit des industriels éminents, comme Sir Hugo Hirst, et des libre-échangistes convaincus, comme lord Derby, se rallier à la thèse des banquiers. D'autre part, il semble bien que la masse ait tendance, elle aussi, à se prononcer en faveur du protectionnisme. L'élection de Nottingham, centre ouvrier important, qui faisait triompher dernièrement le candidat conservateur sur un programme protectionniste en a été, d'après toute la presse anglaise, « le signe apparent ».

En France, l'amélioration de la condition sociale des travailleurs et la déviation du sens de l'épargne (1) ont stimulé quelque temps la demande sur le marché intérieur. Mais le marché national une fois saturé se ferme. Pour vivre, l'industrie doit exporter. A l'heure actuelle, la prime à l'exportation résultant d'une déprécia-

(1) Lors de la baisse continuelle du franc, en 1926 notamment, l'épargne française a été employée à l'achat d'immeubles et à l'acquisition d'objets de consommation. Les industries, en général, ont connu à cette époque un grand mouvement d'affaires intérieur.

tion continuelle de notre monnaie ne joue plus en notre faveur. Pour garder la clientèle acquise, il est indispensable de diminuer les frais généraux afin de pouvoir baisser les prix de vente.

C'est ce qui a été mis en lumière par M. E. Mathon, président du Comité Central de la Laine : « La nécessité d'écouler les produits, d'éviter les accumulations de stocks fait que l'on cherche tous les moyens de diminuer le prix de revient : c'est ce qui explique la tendance générale vers la concentration horizontale et verticale » (1).

Chez nous aussi, quoique d'une façon moins nette qu'en Allemagne, la nécessité de répudier les vieilles méthodes a été comprise et la portée de tout mouvement de concentration sérieusement étudié. Comme l'a dit très justement M. Octave Homberg : « il est nécessaire d'en« visager la création de fortes unités créées bien enten« du non pas dans un but d'accaparement et de hausse « des prix mais, bien au contraire, pour amener l'élimi« nation des unités mal placées ou mal gérées dont le « prix de revient est trop élevé. Il s'agit donc non pas « d'améliorer le sort de telle branche de l'industrie ou « du commerce en soi, mais bien de mettre à la disposi« tion de la consommation les produits dont elle a be« soin, de la meilleure qualité, au meilleur prix » (2).

Le mouvement de concentration des entreprises a

(1) M. Eugène Mathon. — Discours prononcé à la Conférence Lainière Internationale, tenue à Paris, les 21 et 22 novembre 1928.

(2) Voir l'*Economie Nouvelle*, avril 1929.

fait l'objet de nombreuses études économiques. Dans les pages qui vont suivre, nous nous proposons d'examiner, du point de vue juridique, la fusion de sociétés qui est un mode de concentration à effets considérables. Quoique l'étendue de notre travail soit ainsi limitée, il est indispensable, pour donner une idée adéquate du phénomène étudié, de le situer dans le cadre économique : ce que nous allons faire dans la seconde partie de notre introduction.

D'autre part, depuis la loi du 19 mars 1928, la fusion de sociétés jouit, dans certains cas, d'un statut fiscal des plus intéressants, qui, malheureusement, n'est pas à l'abri de toute critique.

La deuxième partie de notre étude traitera du régime fiscal des fusions.

La loi de 1928 s'est inspirée au moins dans son principe de la loi belge du 23 juillet 1927. Notre troisième partie fera connaître brièvement la législation des fusions en Belgique, en Allemagne et en Italie. Ces deux derniers pays possèdent une réglementation juridique du phénomène particulièrement intéressante à étudier en ce qu'elle protège des droits des tiers.

*
**

Pour éviter les effets souvent désastreux de la libre concurrence, il est indispensable aux producteurs de s'unir. L'union seule peut empêcher l'avilissement des prix de vente et assurer aux intéressés une rémunération normale de leur activité et des capitaux investis.

Les groupements économiques sont nombreux et variés. Suivant les résultats qu'ils se proposent et le degré d'indépendance qu'ils laissent à leurs membres, on peut les répartir en une classification dont la fusion forme le sommet.

Le groupement dont les effets sont les plus aléatoires est sans contredit **l'entente simplement morale.** Elle ne fait perdre aux sociétés ni leur individualité, ni leur direction propre. L'accord consiste dans une promesse réciproque d'entr'aide, dans des cas déterminés. Il s'agit là d'une simple obligation naturelle et non d'une obligation juridique, (1) aussi, pratiquement, sa durée est-elle toujours indéterminée et son extrême fragilité ne peut que la faire déconseiller, en général. Néanmoins, lorsque le personnel de direction de deux entreprises est uni par des liens puissants d'amitié ou d'intérêts, une combinaison de ce genre peut produire des effets utiles surtout si la forme juridique des sociétés a pour effet de maintenir la gestion de l'affaire aux mains des mêmes personnes.

La situation sera beaucoup plus stable si les entreprises groupées sont unies par un lien de droit. Suivant les dispositions insérées dans le contrat, on distinguera alors l'entente entre producteurs, le cartel, le trust et la fusion.

L'entente entre producteurs est un terme générique qui peut désigner tout accord intervenant dans le domai-

(1) L'entente simplement morale procède d'un accord de volontés mais non d'une convention. La convention est un accord de volontés qui a pour objet de produire un résultat juridique. Or, dans l'entente simplement morale, tout effet de droit a été exclu, du consentement des parties.

ne de la production. Nous l'employons ici dans un sens beaucoup plus étroit. Il désigne pour nous un stade de concentration moins parfait que les différents types de groupements auxquels nous venons de l'associer . La détermination d'un bénéfice minimum et la restriction de la production peuvent faire l'objet d'une entente. C'est sous cette forme que, pour améliorer le marché du zinc, les producteurs américains et européens ont décidé d'harmoniser la production avec la consommation (1). Chez nous, l'Association Française des Fabricants de Tissus qui a unifié les conditions de vente nous donne un exemple local de ce type de groupement.

Sauf sur les matières qui forment l'objet de l'accord, l'entente entre producteurs ne porte pas atteinte à l'indépendance réciproque des entreprises. Il n'en est pas de même dans le cartel où les firmes syndiquées gardent leur personnalité mais voient leur liberté d'action d'autant plus restreinte que l'organisation du groupement est plus accentuée. Dans l'entente entre producteurs, la liberté est la règle, la réglementation : l'exception. La situation est inverse dans le cartel.

Le cartel est « un accord entre producteurs en vue d'obtenir le monopole sur les marchés qu'ils fournissent ». Il est à déplorer qu'il soit souvent une arme contre le consommateur.

Quelles que soient les formes sous lesquelles il se manifeste, le cartel n'entraîne jamais fusion des entreprises qui y adhèrent. Il est avant tout un groupement d'organismes, de sociétés qui restent distinctes.

(1) Voir *Journée Industrielle* du 27 décembre 1928.

Le cartel se borne parfois à limiter le champ d'action de chacun de ses adhérents. Les entreprises syndiquées reçoivent une circonscription déterminée dont elles auront à satisfaire la consommation (1). Si le cartel crée un bureau de vente, il centralise les demandes et les répartit entre ses membres suivant la situation géographique et la force productive de leur exploitation.

Lorsque la vitalité du groupement est plus forte, les entreprises syndiquées constituent entre elles une société qui aura pour objet l'exploitation d'un comptoir de vente. La forme de cette société est ordinairement anonyme et son capital qui est minime est souscrit par les entreprises membres du cartel dans la mesure du chiffre d'affaires réalisées par elles. Les actions sont nominatives. Elles ne sont cessibles et transmissibles qu'avec l'autorisation du Conseil d'Administration. En outre, si la société s'est constituée à capital variable, sa nature permettra d'y faire entrer dans l'avenir des entreprises qui pourraient se créer et qui désireraient adhérer au groupement.

Le cartel est un mode de concentration commerciale. Le **trust** réalisera en plus une concentration industrielle qui lui permettra de n'exploiter que les usines dont le rendement est intéressant et de fermer les autres. L'application de ce système peut entraîner une diminution notable du prix de revient.

Dans le droit anglo-saxon, le « trust » désigne la personne qui administre le patrimoine d'autrui, sans en

(1) Le cartel peut donc provoquer, mais indirectement, la restriction de la production comme l'entente entre producteurs.

jouir des revenus. Cette institution propre au droit des personnes s'est étendue ensuite en matière de sociétés On admit la possibilité pour l'actionnaire de disposer séparément du triple droit que lui conférait son titre. Il put garder son droit aux bénéfices et son droit sur le fonds social et céder à un syndicat appelé « board of trade » son droit à la gestion. Moyennant une rémunération la plupart du temps minime, le groupement bénéficiaire réalisait la main-mise complète sur la direction d'entreprises dont le nombre pouvait être considérable (1).

A l'heure actuelle, le trust affecte deux formes différentes. Dans la première, les entreprises gardent leur personnalité mais elles sont soumises à une direction unique. Cette direction est assurée par la « Holding Compagny » qui possède, dans les sociétés membres du groupement, des participations suffisantes pour les mettre dans une situation de complète dépendance.

La « Holding Compagny » est le type de la société de contrôle. Elle a pour effet de réunir entre ses mains la majorité utile d'un certain nombre de sociétés dont le but est identique ou analogue.

L'activité économique de la Holding est bien souvent considérable. Elle imprime ses directives aux sociétés

(1) La crise de 1884 provoqua aux Etats-Unis un sérieux mouvement de réaction contre les trusts. Le soulèvement unanime de l'opinion aboutit au vote du Sherman Act qui déclarait illégal « tout contrat en forme de trust ou conspiration pour restreindre le commerce ou l'industrie » ; diverses atteintes furent apportées au Sherman Act d'abord par la loi Clayton en faveur des syndicats ouvriers. Le 8 août 1916, la loi Webb exceptait les trusts du Sherman Act à condition qu'ils ne fussent pas la cause d'une hausse des marchandises à l'intérieur du pays et qu'ils ne fissent pas concurrence aux produits nationaux sur le marché international.

qui lui sont subordonnées et son action se manifeste par une harmonisation des efforts industriels (limitation de la production, échange de brevets) et commerciaux (fixation des prix de vente, création de comptoir de vente).

Par son rôle économique, la Holding diffère essentiellement de l'Omnium et de l'Investment Trust qui cantonnent leur activité sur un terrain purement financier Ces groupements sont des sociétés de placement de capitaux. Ils ont pour but de faire profiter leurs actionnaires des bénéfices rapportés par un portefeuille choisi, constamment surveillé par des spécialistes. L'étude de ces formes modernes d'organisation financière a été poussée très loin par l'économiste Robert Liefmann. Ce dernier classe parmi les « Holdings » la Société Centrale de la Dynamite et la Compagnie Générale d'Electricité. Dans les sociétés de placement, nous pouvons citer l'Union Française des Valeurs Mobilières fondée par la Société Financière de Paris.

Dans la seconde forme de trust, les entreprises syndiquées perdent leur autonomie en droit et en fait. Elles font apport de leur actif à une société nouvelle ou préexistante moyennant l'attribution d'un certain nombre d'actions proportionnel à la valeur des biens apportés. Comme nous le verrons par la suite,il y a là une véritable **fusion**. Cette dernière, du reste, peut être tout à fait indépendante du trust et se concevoir entre deux ou plusieurs entreprises dont le but est beaucoup moins ambitieux que de se créer un monopole de fait par ce moyen.

PREMIÈRE PARTIE

La Fusion
au point de vue juridique

CHAPITRE PREMIER

DÉFINITION DE LA FUSION -- SES CARACTÈRES JURIDIQUES

I. — Définition

Le terme « fusion » n'est pas d'origine juridique. Il a été emprunté au vocabulaire de la physique. Dans son sens propre, il désigne le passage d'un corps solide à l'état liquide sous l'action du feu. Sous l'influence de cette force extérieure, l'apparence du corps change mais sa substance n'est pas altérée. Il existe toujours mais sous une autre forme.

Au figuré, le mot est de compréhension plus large. Il caractérise l'état de deux ou plusieurs collectivités qui s'unissent pour n'en former qu'une seule. La fusion porte atteinte non seulement à la forme des collectivités mais aussi à leur individualité qui cesse pour l'avenir.

En l'absence d'une définition légale, la notion de fusion en droit commercial a été longtemps caractérisée par son imprécision. Dans une espèce citée par

M. Vavasseur, il était dit (1) d'un côté que « la société nouvelle née de la fusion continuait c'est-à-dire soutenait, en quelque sorte, l'existence des deux sociétés anciennes » et d'un autre « la fusion naît pour remplacer deux êtres sociaux ». Il est, croyons-nous, difficile d'aller plus loin dans la contradiction. En 1880, un jugement du Tribunal de Grenoble (2) parle de « transfusion » : ce qui prouve que le terme technique ne s'était pas encore imposé en jurisprudence.

Peu après 1880, les procès entre l'Enregistrement et le Crédit Foncier vont donner au juge d'occasion d'exercer sa sagacité sur les cas qui lui seront soumis. Un arrêt de la Cour de Paris (3) reconnaît aux parties le droit de définir la fusion librement ; indice irréfutable de la confusion qui règne en la matière. Le 12 novembre 1883, le Tribunal de Commerce de la Seine (4) parle de la fusion « contrat synallagmatique » : ce n'est pas là une définition mais une simple indication de la nature du contrat. Une erreur du même genre est commise par un auteur M. de Noaillat (5).

Actuellement la doctrine est arrivée à se faire une idée identique des éléments nécessaires à caractériser toute fusion, quitte à ne pas donner de ces éléments une appréciation juridique semblable. On entend par « fusion » un contrat au moyen duquel deux ou plusieurs

(1) Voir R. S., 1892, 267. Il s'agit du procès entre la Régie et la Compagnie Immobilière.

(2) Grenoble, 17 novembre 1880.

(3) Paris, 24 juin 1884. J. S., 1885, 720.

(4) R. S., 1884, 43.

(5) M. de Noaillat. — Etude sur la Fusion des Sociétés, (Fayolle, 1899), p. 28.

sociétés conviennent de leur unification par la disparition d'une d'entre elles au moins et par la substitution aux parts ou actions qui représentent son capital des parts ou actions de la société qui demeure ou qui est créée.

II. — Analyse juridique de la Définition

A) LA FUSION EST UN CONTRAT

a) *Nécessité de la présence de deux sociétés au moins.*

Tout groupement nécessite une pluralité d'êtres ou bien d'objets. La fusion n'est logiquement possible qu'entre deux sociétés au moins, nettement distinctes l'une de l'autre, c'est-à-dire possédant une personnalité propre.

La nature de la personnalité juridique a fait l'objet de nombreuses analyses. Les uns la considèrent comme une pure fiction légale soumise au bon vouloir de la puissance publique (1). D'autres en font une réalité véritable indépendante des individus qui contribuent à la former (2). Les critiques de M. Planiol et de M. Berthelémy (3) conservent toute leur force en matière de société : l'affectation à un but déterminé de certains biens par plusieurs individus a pour effet de soumettre ces biens au régime de la propriété collective. Celle-ci

(1) Savigny. — Traité de Droit Romain (trad. franç.), II, p. 230.
(2) Otto Gierke. — Das deutsche Genossenschaftsrecht, 1881.
(3) M. Planiol. — Traité Elémentaire de Droit Civil, 11e édition, p. G. Ripert, I, n° 3005 ; M. H. Berthélémy. — Traité Elémentaire de Droit Administratif, 9e édition, p. 28.

est régie, quant à son administration, par les stipulations du pacte social et par les dispositions légales qui peuvent varier suivant la forme de la société. L'adhésion aux statuts comporte, pour chaque associé, abandon de son droit d'administration et de disposition sur les biens qu'il apporte.

Pour faire naître la propriété collective, l'affectation doit être effectuée en conformité avec la loi. En d'autres termes, une société ne jouit de la personnalité morale que si elle a été régulièrement constituée et à cette seule condition. Une société fondée pour l'exploitation de puits de pétrole peut être titulaire d'une nouvelle concession avant d'avoir accompli un seul acte rentrant dans l'objet qu'elle s'était assignée. Elle peut, dans les mêmes conditions, faire l'objet d'une fusion.

L'affectation doit être réalisée par plusieurs personnes. Comme l'indique l'étymologie du mot, la création et le maintien de la société ne se conçoivent pas sans l'existence de plusieurs associés. Il n'en est pas tout à fait de même en Italie où le professeur Vivante se refuse à considérer la réunion des actions entre les mains d'un seul actionnaire comme une cause de dissolution (1). Pour lui, il n'y a même pas là un obstacle au fonctionnement des rouages sociaux. L'assemblée peut se tenir au moyen de prête-noms et désigner les administrateurs et les commissaires. Une partie de la doctrine allemande

(1) C. Vivante. — Tr. Dr. Comm., 4e édition, n° 750 ; mais la Cour de Milan a admis le 27 novembre 1925 que « la réunion de toutes les actions d'une société anonyme entre les mains d'une seule personne emporte l'extinction de la société. (Rev. dir. comm., 1926.2.167. Note Bonelli).

admet également que la société anonyme ne disparaît pas lorsque les actions sont devenues la propriété d'un seul actionnaire (1).

Juridiquement, cette théorie peut se fonder sur le principe que la confusion n'est pas un mode d'extinction des droits mais un obstacle à leur exercice ; toutefois ceci mis à part, elle nous paraît extrêmement contestable. Sans doute, la technique juridique ne répugne pas de façon absolue à la séparation des éléments d'un même patrimoine et il arrive, en droit français, qu'une fraction des biens d'un individu soit soumise à un régime particulier. Le droit successoral et surtout le droit matrimonial peuvent nous en fournir des exemples. Néanmoins et indépendamment des textes de notre droit positif (art. 1832 du Code Civil, art. 38 de la loi de 1867, art. 5 de la loi du 7 mars 1925), il nous paraît absurde de parler de société lorsque les actions ou les parts sociales sont réunies en une seule main. La raison proteste contre l'idée d'une société composée d'un seul associé. Pour acquérir la personnalité juridique la société a dû être formée par plusieurs personnes et cette condition de pluralité d'associés doit être exigée pendant tout le cours de la société, sous peine de dissolution.

La fusion sera donc impossible entre deux sociétés dont l'une serait, au préalable, l'unique actionnaire de l'autre. C'est une espèce de ce genre que le Tribunal de la Seine a jugé le 20 janvier 1923 (2). Voici comment

(1) K. Lehmann. — Das Recht der Aktiengesellschaften, Berlin, 1898-1904, t. II, 501 ; Eudemann-Handelsrecht, p. 309.
(2) J. des Sociétés, 1926, p. 562.

se présentait l'affaire. Pour distribuer des dividendes à ses actionnaires, l'Union des Pétroles d'Oklahoma, société française, avait aliéné son portefeuille et une partie de ses disponibilités pour acquérir la totalité des actions de l'Oklahoma Oil Cy. Cette dernière, américaine d'origine, possédait des participations intéressantes et rémunératrices particulièrement dans la Pure Oil Compagny. Sur la proposition du Conseil d'Administration, les actionnaires de l'Union des Pétroles d'Oklahoma avaient voté la dissolution de la société et la répartition des titres de l'Oklahoma Oil Cy qui composaient à eux seuls, l'actif net de la société dissoute. Toutefois, le partage ne devait porter que sur les actions de priorité. Les actions ordinaires qui conféraient un droit de vote dans les assemblées étaient gardés par le Conseil d'Administration de l'Union des Pétroles d'Oklahoma qui se proposait de dissoudre la société, une fois la liquidation terminée. Le dernier terme de l'opération devait consister dans la répartition aux actionnaires de l'Union des Pétroles d'Oklahoma du portefeuille de l'Oklahoma Oil Cy.

Le Tribunal de Commerce a jugé qu'en l'espèce il ne pouvait être question de fusion entre l'Union des Pétroles d'Oklahoma et l'Oklahoma Oil Cy attendu que « pour qu'il y ait fusion de sociétés, aux termes sensés du mot, il faut avant tout qu'il y ait en présence deux sociétés véritables, indépendantes vraiment l'une de l'autre et non pas, comme en l'espèce actuelle, une société ayant à tel point déjà attrait l'autre société qu'elle en est la seule et unique actionnaire pouvant en disposer à sa guise et l'ayant déjà faite sienne ».

b) *Nécessité du consentement réciproque des sociétés.*

La personne juridique est un concept abstrait. Il est évident que, lorsqu'on parle de consentement de sociétés, la notion est moins claire et moins précise que si l'accord était donné par des personnes physiques. La volonté de la société se manifeste, conformément aux dispositions légales et statutaires, par ses organes de gestion ou par les associés eux-mêmes, à des conditions déterminées.

Dès qu'elle a acquis la personnalité morale, la société doit être réputée comme ayant une volonté propre. Il importe peu qu'en raison des parts sociales ou actions possédées par une autre société, elle soit pratiquement sous la complète dépendance de celle-ci. Deux fois au moins la jurisprudence s'est affirmée de façon formelle dans ce sens. Dans le premier cas, il s'agissait d'une société civile et d'une société anonyme constituée entre les mêmes personnes (1). Les attendus de la seconde décision (2) sont particulièrement nets puisqu'il est question de sociétés « dont les intérêts et le personnel de leurs actionnaires étaient tellement identiques que leurs Conseils d'Administration étaient composés des mêmes membres ». Dans chacune de ces deux espèces, le juge saisi a déduit les conséquences juridiques que la fusion comportait et, de ce fait, il a implicitement reconnu l'existence d'un consentement valable chez les deux sociétés.

La théorie de la jurisprudence nous semble devoir

(1) Beauvais, 25 avril 1885 et Cass., 15 février 1888.
(2) Paris, 14 janvier 1891. J. S., 1891, p. 529.

être totalement approuvée. Quel que soit l'organe qui agisse au nom de la société, cet organe (conseil de gestion, assemblée générale) agit toujours comme représentant général de la collectivité. Or l'activité manifestée par le représentant est considérée comme provenant du représenté et fait naître, directement, à sa charge, des obligations que le représentant n'assume en rien. La représentation de plusieurs personnes par un mandataire unique n'est nullement interdite en droit. Un commissionnaire peut être appelé à faire des opérations d'achat pour un individu et de vente pour un autre. Un agent de change qui reçoit respectivement de deux clients un ordre de vente et un ordre d'achat portant sur la même valeur peut former lui-même le marché entre les parties, en appliquant à l'un les titres de l'autre (1).

c) *Opinion divergente dans la doctrine* (MM. Houpin et Bosvieux).

Tous nos développements antérieurs procèdent de cette idée que la fusion est une convention mais le caractère obligatoirement contractuel de la fusion n'est pas admis par tous les auteurs. Pour certains, la fusion est un état autant qu'un contrat ; tout dépend des circonstances dans lesquelles elle est réalisée. « La fusion par annexion résultera aussi parfois de l'achat et du grou-

(1) C'est ce qu'on appelle le marché d'application par opposition au marché de corbeille. A remarquer que, dans ce cas, le cours de la négociation est soumis au contrôle de la Chambre Syndicale (décret de 1890, art. 43, 3e alinéa).

pement entre les mains d'une société de toutes les actions d'une autre société. Cet achat pourrait avoir lieu en bloc mais le plus souvent il s'effectuera successivement et en détail. Dans ce dernier cas, c'est l'achat de la dernière action qui comportera virtuellement fusion de deux sociétés par voie d'annexion de l'une à l'autre et de dissolution de la société absorbée » (1).

Nous ne pouvons nous rallier à cette manière de voir. La fusion qui met en jeu deux sociétés distinctes doit procéder nécessairement de l'accord de celles-ci. L'opération d'achat dont nous venons de parler n'est pas une véritable fusion. Elle s'analyse en un changement d'actif pour la société acquéreuse. Par l'aliénation de tout ou partie de ses disponibilités, celle-ci a accru son portefeuille jusqu'au jour où la réunion des actions en une seule main a entraîné la dissolution de la société absorbée. A partir de ce moment, le patrimoine entier de cette dernière a remplacé les titres achetés, chez la société annexante.

Dans la fusion, la société absorbante ne voit pas ses éléments d'actif s'échanger contre d'autres. Elle les voit s'accroître en même temps et dans les mêmes limites que son capital. Des parts sociales ou des actions nouvelles sont attribuées aux sociétés apporteuses, en rémunération. Dans l'hypothèse examinée au paragraphe précédent, il n'y a eu ni augmentation d'actif, ni augmentation de capital. Ce dernier ne s'est pas modifié et la valeur totale de l'actif est restée la même. Seuls

(1) MM. Houpin et Bosvieux. — Traité des Sociétés, 6e édition, t. II, n° 953.

les éléments qui composent cet actif se sont augmentés ou diminués suivant les phases de réalisation de l'opération.

B) LA FUSION A POUR CONSÉQUENCE LA DISPARITION D'UNE SOCIÉTÉ AU MOINS

a) *Etendue de cette seconde condition.*

Suivant le nombre des sociétés qui disparaissent, on distingue deux sortes de fusion. Il y a fusion proprement dite lorsque toutes les sociétés intéressées se dissolvent et qu'un nouvel être moral se crée. La fusion est dite par annexion quand une ou plusieurs sociétés se trouvent absorbées par une société préexistante qui augmente son actif du montant net de l'apport consenti.

b) *Conséquences.*

Pas de fusion possible lorsqu'il y a impossibilité juridique pour l'apporteur de disparaître.

Quand deux exploitants propriétaires de leur entreprise décident de les mettre en commun par la constitution d'une société, le cas ainsi présenté ne doit pas s'analyser en une fusion mais en une création de société nouvelle. Aucun des apporteurs ne disparaissant, la fusion est impossible. Depuis la loi du 8 mars 1854 abrogeant la mort civile, la seule cause de disparition de la personnalité physique est le décès.

Il en serait de même si une société s'annexait une entreprise individuelle en rémunérant son propriétaire par des actions ou des parts sociales. Sans doute si nous nous plaçons au point de vue de la société absorbante

l'opération produit des résultats identiques à ceux qui seraient causés par la fusion : augmentation du capital social par voie d'apport et remise d'actions en retour dudit apport mais, du point de vue objectif, la fusion ne peut exister car il y a impossibilité juridique pour l'apporteur de disparaître.

Pas de fusion possible au cas d'absence de disparition de l'apporteur.

L'apport fusion de la totalité de son actif entraîne pour la société apporteuse sa dissolution si son objet était limité exclusivement à l'exploitation des biens apportés. Pratiquement, dans la grande majorité des cas, l'objet social est très étendu. Il embrasse parfois tous les genres d'entreprises, depuis l'exploitation d'un actif déterminé jusqu'à la gestion de participations en passant par les opérations industrielles ou commerciales les plus diverses. De plus en plus, les fondateurs de sociétés ont tendance à étendre la notion d'objet social, quelquefois sans limitation. Tout dernièrement, une Société houillère a offert à ses actionnaires de souscrire aux actions d'une de ses filiales dont l'objet était tellement large qu'il était en définitive indéterminé (1). On en jugera puisque nous reproduisons ci-dessous la partie de la notice parue au Bulletin des Annonces légales qui traite de ce point :

(1) Il s'agit de la Société Industrielle et Financière de Lens (Finalens). Nous nous demandons dans quelle mesure on peut soutenir que cette société possède un objet. Or aux termes de l'article 1833 du Code Civil, la société doit avoir un objet licite et donc un objet. C'est là une condition indispensable à l'existence du contrat.

« Objet. — La Société a pour objet de faire en Fran-
« ce et à l'étranger toutes opérations financières, com-
« merciale, industrielles, mobilières ou immobilières
« pour elle-même ou pour le compte de tiers, notamment:
« la prise d'intérêts dans toutes opérations ou affaires
« financières, commerciales, industrielles ou foncières
« soit directement, soit par achats ou par constitution et
« gestion d'un portefeuille de titres ou valeurs de toute
« sorte ,françaises et étrangères, soit par souscription
« ou par voie d'apports, soit sous toutes autres formes;

« la création, la souscription ou l'acquisition, la ges-
« tion, l'émission, la cession ou la vente au comptant, à
« terme ou suivant toutes modalités, de tous bons, obli-
« gations ou titres, hypothécaires ou autres, de toutes
« parts d'intérêts, valeurs ou autres droits sociaux ; la
« garantie et l'aval d'obligations souscrites par les tiers,
« en francs ou en monnaie étrangère ;

« toutes opérations d'escompte, de reports, prêts,
« crédits, avances ou autres, et d'une manière générale,
« toutes opérations de finance ou de trésorerie ;

« l'obtention, l'acquisition et l'exploitation, soit di-
« rectement, soit indirectement, ainsi que la cession de
« toutes concessions, autorisations, licences ou brevets ;

« la participation directe ou indirecte à la constitu-
« tion, la représentation, l'exploitation, la gestion et
« l'administration de toutes affaires, entreprises, asso-
« ciations, sociétés, de tous syndicats ou groupements. »

Dans le cas que nous venons de citer, il est évident que l'absorption de la société n'entraînerait pas sa disparition. En effet, à la minute même de raison où la société

réaliserait l'apport de tout son actif, elle acquerrait la propriété d'actions ou de parts sociales de la société absorbante. L'actif de la société annexée serait modifié dans ses éléments mais cette modification n'entraverait par la société dans la recherche de son but, pratiquement illimité. L'opération intervenue n'emporterait pas dissolution de la société apporteuse. Ce ne serait donc pas une fusion (1). Ses effets seraient limités au caractère économique de la société qui se trouverait changé si, l'apport consistant en un actif industriel, la société était devenue société financière de société de production qu'elle était auparavant.

Si la société a un but économique déterminé, l'aliénation de l'actif qui y correspond entraînera de plein droit son extinction. L'article 1865, 2° du Code Civil cite comme cause de dissolution des sociétés « la perte de la chose » qui faisait l'objet du contrat. Pour éviter la dissolution il est possible que les associés aient stipulé que, malgré l'apport d'actif, la société annexée conserverait son existence. Leur décision n'aurait aucun effet si, en même temps, ils n'avaient pris soin de modifier la nature de l'objet social. Les causes de disparition prévues par le Code jouent de plein droit, indépendamment de toute volonté des parties. L'aliénation de tout l'actif social comporte disparition de la société apporteuse, même si cet actif est troqué contre des actions ou des parts, dès lors qu'il n'est pas prévu, dans les statuts de

(1) Mais il y aurait fusion en raison de la dissolution si les associés avaient décidé, aux conditions prévues par la loi ou les statuts, que, l'apport effectué, la société serait dissoute.

la société annexée, sa transformation possible en une société purement financière.

La notion d'objet social a donc une importance considérable en matière de société. On a pu soutenir que la société avait une capacité restreinte par la détermination statutaire de son objet et baser sur ce principe une limitation à la solution libérale de l'arrêt de 1878 (1). A notre avis, on ne peut pas dire que la société soit frappée d'une incapacité légale en dehors des opérations propres à atteindre le but économique prévu par les statuts. Il ne peut être question non plus de faire état du principe de la spécialité des personnes morales qui existe en droit administratif mais non en droit privé (2). La limitation de l'activité sociale a l'objet déterminé par les statuts est d'ordre contratuel. Elle est la conséquence nécessaire du respect des volontés qui se sont manifestées lors de la création de l'être moral.

Certains auteurs (3) parlent de « fusion partielle ». Nous ne pouvons passer sur cette expression sans faire remarquer qu'elle contient une contradiction dans les termes. La fusion doit provoquer l'amalgamation de deux ou plusieurs sociétés et toute amalgamation est matériellement impossible si une fraction de l'actif de la société absorbée demeure sa propriété. La société annexée en partie ne peut disparaître par suite de l'apport de son actif puisque cet apport n'est que partiel. Il n'y a pas « perte totale » de la chose, seule hypothèse visée par

(1) Ch. Beudant, note au D. P., 1879.1.5.

(2) R. Saleilles. — De la Personnalité juridique, 2e édition, p. 319 ; L. Michoud. — Traité de la Personnalité morale, 2e édition, t. II, p. 169.

(3) Voir notamment MM. Houpin et Bosvieux, op. cit., n° 952.

le Code comme cause légale de dissolution. La société apporteuse subsiste donc et sa non-disparition est prohibitive de toute idée de fusion. Toutefois si, en raison de la quotité des biens apportés, les associés estimaient que la poursuite de l'objet social était devenue impossible, la dissolution pourrait être demandée à justice (1). Le Tribunal est alors saisi d'une question de fait. Il apprécie souverainement l'incidence de l'aliénation sur le but économique de la société et peut prononcer la dissolution de cette dernière, s'il estime qu'il y a là « justes motifs ».

Sans doute, pourrait-on dire que la dissolution prononcée trouve sa cause éloignée dans la réalisation de l'apport mais ceci n'est pas suffisant pour faire considérer l'opération comme une fusion. Il faut, pour que la fusion existe que la dissolution de la société absorbée soit causée de plein droit par l'apport. Peu importe d'ailleurs que cette dissolution trouve son statut dans un article du Code ou dans la volonté des associés exprimée postérieurement à la rédaction du pacte social.

Pas de fusion possible lorsque la dissolution de la société s'est produite antérieurement.

La fusion est logiquement impossible entre deux sociétés si l'une d'entr'elles est déjà dissoute. C'est la dissolution qui fait perdre aux sociétés le bénéfice de la personnalité. Sans doute, tant que la société n'est pas

(1) Req., 15 mars 1881 (D. P., 82.1.421) ; Req., 11 nov. 1896 (D. P., 97.1.231).

entièrement liquidée, elle doit être présumée garder son existence mais cette survivance est maintenue uniquement au regard des opérations de liquidation. Comme le fait remarquer l'arrêt de la Cour de Cassation du 29 mai 1865 : « Si, par l'effet de la dissolution, la société « cesse d'exister pour l'avenir et pour les opérations en « vue desquelles elle avait été constituée, si elle ne peut « plus vendre, acheter, faire le commerce, elle continue « néanmoins d'exister pour régler ses affaires accom- « plies, c'est-à-dire pour se liquider. Suivant la formule « employée dans le langage commercial, elle ne subsiste « plus que pour sa liquidation mais, à ce point de vue « et pour ce but, elle conserve tous ses droits et tous « ses biens » (1).

L'opération de liquidation a pour objet la terminaison, le règlement définitif d'une opération sociale préexistante. Il semble qu'on ne puisse faire entrer dans cette catégorie un apport-fusion, acte simple, sans relation aucune avec les conséquences de l'activité sociale antérieure de l'apporteur. Pourtant, un auteur important, M. Thaller (2) considère la fusion comme une opération de liquidation rentrant dans les pouvoirs de l'assemblée générale ordinaire. Par le fait même qu'il exige la tenue d'une assemblée d'associés, le savant professeur laisse à penser qu'il ne considère pas la fusion comme un mode normal de liquidation. En effet, on admet généralement que le liquidateur se trouve investi de

(1) Sirey, 65.1.325.

(2) Thaller. — Traité de Droit Commercial, n° 702 et suiv.

plein droit, du fait de sa nomination, des pouvoirs les plus larges pour atteindre le but de la liquidation.

Ces pouvoirs, s'ils ne sont pas déterminés par les statuts ou l'acte de nomination, sont différents suivant que la société dissoute est une société de personnes ou de capitaux. Dans le premier cas, d'après l'opinion généralement admise, le liquidateur peut réaliser l'actif dans la mesure nécessaire à l'extinction du passif, le solde disponible devant être réparti aux associés en nature.

Pour les sociétés par actions, il est contraire aux prévisions des parties contractantes qu'une distribution porte sur autre chose que des deniers, le liquidateur doit alors aliéner tout l'actif afin de procéder à un partage en espèces.

Pour les associés de la société dissoute, la fin de la liquidation voit l'extinction de leurs droits contre une personne morale. Participants ou actionnaires reprennent les biens en nature ou les espèces qui ont été libérées de par la dissolution. En matière de fusion, rien de semblable ne se produit. Le droit des associés vis-à-vis d'une personne morale subsiste. Seule la personne a changé et, de ce fait, les associés ne sont pas revenus à l'état où ils se trouvaient avant la constitution de la société dissoute : propriétaires privatifs de biens en nature ou d'une somme d'argent.

c) LA FUSION ENTRAINE LA SUBSTITUTION AUX PARTS OU ACTIONS DE LA SOCIÉTÉ QUI DISPARAIT, DE PARTS OU ACTIONS DE LA SOCIÉTÉ NOUVELLE OU ABSORBANTE

Les sociétés fusionnantes ou absorbées étant dissou-

tes, il doit être procédé à la répartition de leur actif net entre les mains des associés.

La fusion entraînant une substitution de titres, il s'en déduit que l'actif net de la société dissoute ne comprend que des parts ou actions de la société bénéficiaire de l'apport. Il résulte de cette constatation que l'apport a englobé tout l'actif.

S'il en était autrement, si l'apport avait porté sur une partie de l'actif seulement, il y aurait remboursement des associés en espèces ou en nature et pour le surplus en titres. Il ne pourrait être question de substitution. La substitution désigne en effet le remplacement d'un objet par un autre, en l'espèce de titres d'une société par des titres d'une autre société.

D'après MM. Lyon-Caen et Renault (1) les parts ou actions s'analysent en un droit de créance contre la société. Nous nous rangeons à l'avis de ces savants auteurs. La faculté conférée au titulaire du droit de créance, c'est-à-dire à l'associé, est triple. Elle vise :

a) la répartition des bénéfices nets dans les conditions prévues par la loi et les statuts ;

b) le remboursement du montant total de l'apport, au plus tard lors de la dissolution de la société et la participation au boni de liquidation résiduel, toutes les dettes sociales étant éteintes ;

c) l'administration de la société, conformément aux dispositions légales et statutaires.

Au cas de fusion de sociétés, ces différentes facultés vont changer d'objet. De la société apporteuse, elles

(1) MM. Lyon-Caen, Renault. — Droit Commercial, n° 141.

vont être reportées dans la société nouvelle ou absorbante. Il n'y aura pas toujours échange de titres car le droit d'associé peut n'être pas matérialisé. D'autre part, il importe peu que le titulaire des droits dans la société nouvelle soit l'associé de la société apporteuse. Il en sera pourtant ainsi dans tous les cas, sauf si les créanciers non désintéressés de la société dissoute acceptaient, en règlement de la dette, des actions de la société bénéficiaire de l'apport. Des précisions seront apportées sur ce point dans notre troisième chapitre.

La fusion doit donc entraîner nécessairement une attribution d'actions ou de parts sociales. Si l'apport d'actif est consenti moyennant un paiement en espèces ou en obligations, l'opération constitue, au point de vue juridique, une vente, vente au comptant dans la première hypothèse, vente à terme, dans la seconde mais, dans les deux cas il n'y a pas fusion. Le paiement en espèces éteint définitivement les droits du vendeur. Quant à l'obligataire, s'il possède un droit préférable sur l'actif social, il n'est pas, en principe, intéressé aux bénéfices et n'a jamais à intervenir dans l'administration de la société. Il n'y a pas transfert de droits anciens mais changement dans la nature desdits droits (1).

Une question qui a été plus discutée est celle de savoir si l'attribution de parts de fondateur en contrepartie d'un apport d'actif constitue une véritable fusion. MM. Houpin et Bosvieux estiment la question délicate

(1) Le transfert de droits suppose en effet le maintien de droits anciens avec tous leurs attributs. C'est seulement la personne envers laquelle l'exercice des droits est poursuivi qui varie.

mais la résolvent en faveur de l'affirmative. « Nous estimons... que la fusion autorisée par les statuts peut être opérée sous forme d'apport moyennant l'attribution de parts de fondateurs et qu'il s'agit bien, dans ce cas, d'un apport et non pas d'une vente » (1).

L'opinion contraire a été soutenue par un auteur, M. Bernard Auger, qui voit une vente véritable dans la rémunération d'un apport d'actif au moyen de parts de fondateurs. Le terme technique de « vente » désigne en effet toute aliénation de chose contre la créance d'un prix en argent, ce prix étant dû soit au comptant, soit à terme.

On pourra objecter que, dans la vente, le prix, élément essentiel du contrat demande à être déterminé, ce qui n'est pas le cas ici. La rémunération du porteur de parts dépend, en effet, du résultat de l'exploitation et celle-ci est fonction de nombreux facteurs.

Nous pouvons répondre que, sans doute, le prix doit être « certum », c'est-à-dire déterminé quant à son montant si le contrat est commutatif, mais si l'apport est décidé moyennant la remise de parts de fondateur l'opération est, par sa nature, un contrat aléatoire : c'est une vente dont le prix définitif dépend d'événements futurs que les parties ne peuvent prévoir au jour du contrat et qui comporte pour chacune d'elles des risques de gain ou de perte.

---

(1) MM. Houpin et Bosvieux, op. cit., n° 952.

(2) Du reste la loi du 23 janvier 1929 a reconnu a la part de fondateur la qualité de créance et non de part d'associé.

CHAPITRE II

REALISATION DE LA FUSION

L'idée de la fusion naît ordinairement chez les gérants ou administrateurs. Mieux que tous autres, ils peuvent se rendre compte de l'utilité et quelquefois de la nécessité de cette opération, soit pour diminuer les frais généraux qui ont tendance à devenir excessifs, soit pour mettre fin à une rivalité dont les résultats ont été désastreux. Cette hypothèse n'a d'ailleurs rien d'absolu et la fusion peut être également décidée sur la proposition d'un associé qui n'assume pas des fonctions d'administration ou de gestion.

Lorsque la fusion est décidée préalablement à toute proposition des gérants ou administrateurs, il est donné mandat à ces derniers de la réaliser à des conditions déterminées. La société n'est valablement engagée par ses représentants que s'ils ont agi dans la limite de leur mandat. S'ils ont outrepassé leurs pouvoirs, la fusion est inexistante sauf ratification. Dans son article 1998, le Code Civil a consacré la solution traditionnelle : « Ratihabitio mandato aequiparatur ».

La ratification de la société peut être expresse ou tacite. On comprend que, dans ce dernier cas, il y ait de nombreux litiges. Au cas de contestation, le tribunal saisi tranche la question souverainement car c'est une question de fait.

Généralement, du reste, les choses se passent d'une autre façon. Les gérants ou administrateurs apportent aux associés un projet de fusion dont les stipulations ont été arrêtées avec les représentants de l'autre société. Les associés acceptent ou refusent la fusion telle qu'elle leur est proposée mais s'ils prennent le premier parti, aucune difficulté ne pourra s'élever sur l'existence du consentement. A ce point de vue, le second système est préférable au premier.

La définition que nous avons donnée de la fusion au chapitre précédent est une définition objective (1). Pour connaître ses conditions de réalisation, il ne faut pas oublier que la fusion met en présence deux sociétés au moins et qu'elle constitue, pour chacune d'elles, une opération juridique, de nature différente, ayant ses caractères spécifiques propres. Il est impossible d'étudier la réalisation de la fusion si nous ne connaissons pas en quels phénomènes elle se résoud, en dernière analyse, pour chacune des sociétés qui s'y trouvent intéressées.

I. — Cas des Sociétés absorbantes

Pour les société absorbantes, la fusion a ordinairement pour effet une modification statutaire, mais elle

(1) Nous entendons par définition objective une définition qui s'applique au phénomène de la fusion considérée en soi et non du point de vue des sociétés apporteuses ou de la société annexante.

constitue toujours une augmentation du fonds social accompagnée d'une augmentation de capital qui peut n'être pas correspondante.

a) **En principe, la Fusion est la cause d'une modification statutaire.**

Dans tout bilan, le montant nominal des actions ou des parts représentatives d'apports constitue le capital. C'est plus exactement le fonds social que le capital qui est la seule garantie des créanciers sociaux dans une société par actions ou à responsabilité limitée. Dans les sociétés en nom collectif ou en commandite, tous les associés dans les premières et les commandités dans les secondes sont responsables non pas seulement jusqu'au montant de leur mise mais sur tous leurs biens et cette responsabilité est solidaire.

Le capital social est déterminé par les statuts. Il arrive parfois, surtout dans les anonymats, que le pacte social autorise les administrateurs à l'augmenter dans une proportion déterminée. A moins de stipulations contraires, les administrateurs ainsi habilités pourraient passer contrat avec une autre société à l'effet de faire apporter par celle-ci tout son actif. Mais, comme il y aurait là un apport en nature, l'intervention des actionnaires serait nécessaire pour sa vérification.

Néanmoins la variation du capital constitue, en général, une modification statutaire. Dans les sociétés de personnes, tout changement aux dispositions primitives du pacte social nécessite l'unanimité. Les associés ont consenti à contracter en considération de leur personnalité réciproque. Il faut éviter qu'une certaine majorité

ne puisse imposer l'entrée d'un autre membre. Si la chose était possible on ne pourrait plus parler de l' « intuitus personae » comme base du pacte social.

Dans les sociétés à responsabilité limitée, l'augmentation de capital par voie d'apport-fusion serait valablement décidée par une majorité représentant les trois quarts au moins du capital social. Dans les sociétés anonymes et en commandites par actions, les dispositions de la loi du 1er mai 1930 doivent être observées. Le soin de décider l'augmentation de capital par voie d'apport-fusion appartient à l'assemblée des actionnaires, sous réserve de l'adhésion du commandité dans les sociétés en commandite.

Les décisions de l'assemblée sont prises à la majorité des deux tiers mais le quorum est susceptible de decroître. Il est des deux tiers du capital social à la première assemblée, de la moitié à la seconde, du quart à la troisième et à la quatrième (1).

L'apport-fusion peut avoir des conséquences directes sur la nature de l'objet de la société bénéficiaire. Il peut entraîner une modification du but social ou simplement son extension.

Il y a un intérêt considérable à distinguer entre ces deux éventualités. Si la première se produisait, la fusion devrait être consentie, dans les sociétés par actions, par une assemblée représentant les trois quarts au moins du capital social, sans qu'il y ait possibilité de voir res-

(1) Pour éviter des redites, nous nous sommes bornés ici à une simple indication du quorum et de la majorité nécessaire pour voter une augmentation de capital. Des précisions sont apportées sur la tenue de ces assemblées générales extraordinaires à nos pages 70 et s.

treindre les exigences de la loi lors d'une réunion postérieure.

Pour déterminer s'il y a modification à l'objet, il est indispensable d'examiner tout d'abord les stipulations du pacte relativement au but de la société. C'est de son étude que nous pourrons tirer un critère suffisant. Chaque fois que la fusion n'aura pas pour effet de faire sortir la société absorbante du genre d'activité économique précédemment fixé, il n'y aura pas modification à l'objet. En d'autres termes, si l'exploitation nouvelle est contenue implicitement dans la notion de l'objet social primitif, il y aura simple extension des opérations sociales.

Par application de la théorie que nous venons de soutenir, nous ne pouvons qu'approuver le jugement du tribunal de commerce de la Seine en date du 25 juin 1891. Aux termes de ce jugement, il a été décidé qu'une société, constituée sous l'empire de la loi du 1867, ne pouvait, par décision de l'assemblée générale, s'adjoindre un autre restaurant que celui pour l'exploitation duquel elle avait été créée (1). Au contraire, une société créée pour garantir les risques d'accidents de toute nature peut parfaitement fonder une branche « Accidents du Travail » en vue de couvrir le risque qui frappe l'employeur du fait de la loi de 1898 (2).

Dans un arrêt en date du 9 janvier 1901 (3), la Cour d'Orléans a reconnu que l'adjonction de l'électricité au

(1) Seine, 25 juin 1891 (J. S., 1891, 498).

(2) Seine, 8 février 1904 (J. S., 1904, 453) ; Angers, 27 février 1905 (J. S., 1909, 432).

(3) Orléans, 9 janvier 1901 (J. S., 1901, 256 ; D., 1903, II, 201.

gaz n'était par une modification de l'objet, motif pris « qu'une entreprise nouvelle venant se supperposer à l'entreprise primitive visée par les statuts, si elle tend au même but que celle-ci, ne peut être considérée comme étant un objet nouveau ». Cette décision qui a été approuvée par certains auteurs nous semble loin d'être indiscutable. La Cour d'Orléans fait une distinction, à notre avis, injustifiée entre l'objet social et le but social. Quelle est la différence réelle entre ces deux notions ? Personnellement nous n'en voyons aucune. D'autre part, si, pour la Cour, l'objet social est l'espèce prévue par les statuts et le but, le genre, il faut bien avouer que le consentement des associés n'existe que relativement à l'espèce.

D'après MM. Thaller et Pic (1), il n'y a pas modification à l'objet si l'entreprise nouvelle relève d'une industrie ou d'un commerce connexe. Cette opinion ne peut nous satisfaire ; elle supporte les mêmes critiques que l'arrêt de la Cour d'Orléans dont nous venons de parler. Nous préférons la théorie de MM. Lyon-Caen et Renault (2) : l'entreprise annexée doit être unie par un lien de connexité avec la première mais, dans l'ordre économique, elle doit en être l'accessoire. Une société constituée pour l'exploitation d'un tissage pourra s'annexer un piqûrage. Pourquoi ? Parce que la fin des opérations de tissage est la production d'un tissu. Il est implicitement entendu que ces tissus doivent être propres à la consommation. Or le travail du piqûrage a

(1) Thaller et Pic, n° 1387.
(2) Lyon-Caen et Renault, n° 867.

pour effet de faire disparaître de l'étoffe les éraflures causées par le métier, à la suite de l'inhabileté du tisserand.

b) **La Fusion exige une augmentation du Fonds Social.**

A l'origine de la société, le fonds social est composé uniquement du capital. Il peut diminuer si l'entreprise fait immédiatement de mauvaises affaires ; il peut au contraire s'augmenter si :

1° les bénéfices au lieu d'être distribués sont laissés dans l'entreprise ;

2° des augmentations de capital postérieures sont effectuées avec ou sans prime d'émission.

Il ne peut être question de fusion lorsque l'apport réalisé par la société annexée est absorbé entièrement par l'extinction de son passif. Pour qu'il y ait fusion, il faut le transfert des droits des associés d'une société dans une autre et cette transmission présuppose un apport. Si la société absorbante a accepté d'acquitter le passif de la société apporteuse, il faut que ce passif ne soit pas égal en valeur à l'ensemble des éléments d'actif. C'est ce que la Cour de Cassation a décidé le 14 juin 1887 (1). La fusion dans le cas contraire est rendue impossible, faute d'apport réel.

L'apport peut être réalisé par une société sans que son passif soit préalablement acquitté. Si l'opération a pour effet de rendre la société apporteuse insolvable ou d'augmenter son insolvabilité, les créanciers pourront intenter l'action palienne et faire rentrer dans le

(1) D., 87.1.407.

patrimoine de leur débiteur les biens qu'il avait aliénés. L'apport est révoqué dans sa totalité mais seulement vis-à-vis des tiers ; relativement à la société qui l'avait consenti, il continue à subsister. Il en résulte que, si les créanciers de la société ont été désintéressés sans que la réalisation de tout l'actif ait été nécessaire, l'actif résiduel doit être considéré comme appartenant à la société absorbante. Il sera rémunéré par des actions ou des parts sociales proportionnellement à la valeur de l'apport net.

L'apport englobe tous les éléments d'actif. C'est un apport en nature. Or, lorsqu'en dehors du capital en nature apporté, il existe un capital espèces, la loi impose, dans les sociétés par actions, de faire apprécier l'apport en nature par les souscripteurs de numéraire.

La tenue de deux assemblées successives est nécessaire. La première « fait apprécier la valeur des apports ». Habituellement elle nomme des commissaires vérificateurs qui, après enquête, rédigent un rapport. Ce rapport doit être imprimé et mis à la disposition des actionnaires cinq jours au moins avant la réunion d'une deuxième assemblée.

Ces assemblées doivent être composées d'un nombre d'actionnaires représentant au moins la moitié du capital non soumis à vérification. Tout actionnaire a droit de prendre part à la délibération avec un nombre de voix déterminé par les statuts, sans qu'il puisse être supérieur à dix. Ceux qui ont fait des apports n'ont pas voix délibérative parce que leur intérêt personnel est en opposition avec l'intérêt de la société. Même s'ils ont souscrit des actions de numéraire, il ne peuvent voter

comme porteurs de ces actions. Ils ne peuvent voter non plus comme mandataires des souscripteurs de numéraire qui leur auraient remis des procurations.

Les apports doivent être approuvés par une majorité comprenant le quart des actionnaires et représentant le quart du capital social en numéraire. Dans les sociétés anonymes, si l'assemblée ne réunit pas un nombre d'actionnaires représentant la moitié du capital social non soumis à vérification, elle ne peut prendre qu'une délibération provisoire. Dans ce cas, une nouvelle assemblée générale est convoquée. Connaissance est donnée aux actionnaires des résolutions provisoires adoptées au moyen de deux avis publiés à huit jours d'intervalle dans un journal d'annonces légales, au moins un mois avant la date de convocation de la nouvelle assemblée. Si cette dernière approuve les résolutions provisoires, elles deviennent difinitives si le quorum des actionnaires présents ou représentés est du cinquième au moins du capital social (1).

c) **La Fusion a pour effet une augmentation du capital social.**

Les actions ou parts attribuées en rémunération de l'apport devront être nouvellement créées. Il n'est pas possible à la société de donner des parts ou actions d'une émission antérieure qu'elle aurait rachetées.

Et d'abord une société peut-elle acquérir des parts ou actions sur elle-même ? La réponse à la question varie

(1) La majorité ordinaire (moitié plus une des voix) doit alors être tenue pour suffisante.

suivant l'origine des fonds servant au rachat. Si l'acquisition doit s'opérer avec des fonds provenant du capital social, l'opération est illicite car elle aboutirait à diminuer le capital social, garantie des créanciers de la société. Au contraire un emploi de cette nature des bénéfices réalisés serait valable.

Mais, à la minute même de raison où ces titres entreraient dans le patrimoine de la société, les droits qui y sont contenus s'éteindraient par suite de confusion. Il y a confusion lorsque les qualités de créancier et de débiteur relativement à la même obligation se réunissent sur la tête de la même personne. L'obligation s'éteint par suite de l'impossibilité juridique qui existe à ce qu'on soit à la fois créancier et débiteur de soi-même.

Les effets de la confusion qui paraissent indiscutés en droit français ne l'ont pas toujours été en droit romain et notamment en droit romain classique. Si les Sabiniens considèraient ses effets comme absolus et définitifs, les Proculiens soutenaient qu'elle n'était pas un mode d'extinction de droits mais un obstacle à leur exercice (1).

d) **L'augmentation de capital peut n'être pas correspondante à l'augmentation du Fonds social.**

Au lieu de distribuer ses bénéfices, la société peut les mettre en réserve. En agissant ainsi, elle augmente son fonds social et ses moyens d'action pour l'avenir. D'autre part, la constitution d'une réserve occulte sur le

(1) Gaius, IV, 78 ; Paul Dig, V, 2.21.2 ; E. Cuq. — Manuel de Droit Romain, p. 632.

stock ou le portefeuille doit faire considérer la valeur véritable de ces éléments comme supérieure à celle portée au bilan.

Le droit des associés sur le fonds social ne peut s'exercer qu'après la dissolution de la société. Une fois les dettes acquittées, il est procédé à la répartition de tout l'actif entre les associés qui peuvent recevoir une somme quelquefois très supérieure au montant de leur mise.

Lorsqu'une société a des réserves importantes, la valeur en capital de la part d'associé est donc, en principe, supérieure à sa valeur nominale. Nous disons « en principe » car si l'emploi des réserves a été défectueux, il peut se faire qu'elles ne se matérialisent à l'actif par aucun élément intéressant et susceptible d'être réalisé, au cas de liquidation.

Si les actions de la société absorbante sont valorisées par suite de l'existence de réserves, il est indispensable de tenir compte de cette situation dans la détermination du nombre d'actions à remettre à la société apporteuse. Sinon l'opération enrichirait la société absorbée et appauvrirait les actionnaires de la société annexante.

Supposons en effet l'existence d'une société qui, du fait de ses réserves, distribuerait au cas de liquidation dix millions à ses associés pour cinq millions de capital investi. Une fusion est consenti au profit de cette société et des actions sont remises d'une valeur nominale égale au montant de l'apport. Les effets de l'opération sont les suivants tant pour la société absorbée que pour les membres de la société annexante :

Avant la Fusion. — Dix millions d'actif représentant un capital de 5 millions, la valeur intrinsèque de l'action était du double de sa valeur nominale.

Après la Fusion. — Douze millions d'actif représentant un capital de 7 millions, la valeur intrinsèque de l'action est de 170 francs pour un nominal de 100 francs.

Conséquence. — La fusion a fait perdre 30 francs sur chaque action aux membres de la société annexante.

— La fusion a fait gagner 70 francs à la société absorbée sur chaque action qui lui a été répartie.

Dans l'hypothèse examinée, si l'on avait voulu maintenir l'égalité entre les actionnaires, il aurait fallu stipuler une prime d'émission de 100 francs pour chaque action nouvelle de 100 francs répartie. L'apport total de 2 millions aurait été rémunéré par des actions dont la valeur nominale totale aurait été de 1 million, mais dont la valeur intrinsèque aurait été néanmoins de 2 millions.

Les primes n'existent pas uniquement lorsque les sociétés émettrices d'actions nouvelles possèdent des réserves. Il peut se faire qu'elles fassent payer gratuitement aux actionnaires nouveaux un droit d'entrée pour deux motifs : les premiers actionnaires ont couru les risques inhérents à toute nouvelle entreprise : il est équitable qu'ils en soient dédommagés. D'autre part, la société escompte l'avenir. L'affaire étant actuellement en bonne voie de réussite, la valeur de la part ne doit pas être fixée en tenant compte uniquement du

fonds social. Il faut faire état également de la productivité future de l'entreprise.

La valeur intrinsèque de l'apport détermine les limites dans lesquelles celui-ci sera rémunéré. On a souvent tendance, au cas de fusion, à considérer la cotation en bourse des titres des deux sociétés et à en inférer les règles qui présideront à l'attribution des nouveaux titres. C'est là, bien souvent, une erreur car les cours peuvent être artificiellement soufflés. D'autre part l'ambiance particulièrement mauvaise peut faire déprécier momentanément de très bonnes valeurs.

II. — Cas des Sociétés Fusionnantes et Absorbées

La fusion, pour elles, constitue une aliénation à titre onéreux de la totalité des éléments d'actif, aliénation qui a pour effet immédiat la dissolution avant terme de la société et, par voie de conséquence, le transfert des droits de ses associés dans une autre société.

a) L'aliénation des éléments d'actifs doit être totale.

Ainsi que nous l'avons démontré plus haut, l'apport-fusion doit embrasser tous les éléments d'actif quels qu'ils soient : fonds de commerce, immeubles, matériel, marchandises, valeurs réalisables, disponibilités.

Dans les rapports des sociétés qui interviennent à l'acte de fusion, le transfert de propriété des éléments d'actif a lieu « solo consensu » à tout le moins en ce qui concerne les corps certains. Pour les choses de genre, sommes d'argent par exemple, la propriété n'en est transmise à la société nouvelle ou absorbante qu'après

individualisation, opération qui se confondra pratiquement, dans la plupart des cas, avec la tradition.

A l'égard des tiers, la propriété ne peut être considérée comme transférée que lorsque les formalités prévues par la loi à cet effet ont été observées. Ces formalités varient suivant la nature des éléments à transmettre. Nous allons passer successivement en revue les différents postes de l'actif et nous indiquerons, pour chacun d'eux, les conditions auxquelles la loi a subordonné l'acquisition de la propriété « erga omnes ».

La notion de **fonds de commerce** désigne l'établissement commercial exploité par un individu ou une société en y comprenant certains éléments qui contribuent à sa productivité. Ces éléments sont de deux sortes : les uns incorporels comme la clientèle, l'achalandage, le droit au bail. Les éléments corporels consistent dans le matériel servant à l'exploitation du fonds et le stock de marchandises.

L'intention des parties est souveraine dans la détermination des éléments qui seront compris dans le fonds de commerce, lors d'une cession ou d'un apport en société. Néanmoins, la caractéristique essentielle du fonds étant la clientèle, toute cession ou apport devra comprendre obligatoirement celle-ci et l'achalandage qui est le droit d'en profiter.

Pour garder la clientèle acquise et pour l'augmenter dans l'avenir, les commerçants se servent de signes extérieurs qui sont : le nom commercial, l'enseigne, les dessins et modèles industriels. Ces divers éléments qui sont

considérés comme des accessoires du fonds sont ordinairement cédés ou apportés avec lui.

La transmission des divers droits compris dans la notion du fonds de commerce ne s'effectue pas suivant des règles uniques. La cession du droit au bail nécessité une signification faite au bailleur ; la transmission des dessins, marques ou modèles industriels doit être inscrite à l'Office National de la Propriété industrielle (loi du 17 mars 1909 art. 24, 8e al. et loi du 26 juin 1920) ; celle d'un brevet d'invention exige la rédaction d'un acte notarié et l'enregistrement au Secrétariat de la Préfecture ou, dans le département de la Seine, à l'Office National de la Propriété Industrielle (loi du 5 juillet 1844 modifiée par celle du 26 décembre 1908, art. 20).

En plus de ces formalités, la mise en société de ces divers droits commes des autres éléments du fonds est régie par les articles 3 et 7 de la loi du 17 mars 1909. Le dernier de ces articles vise deux situations : la première est celle où l'apport bénéficie à une société qui se constitue, la seconde à une société déjà constituée.

Dans ces deux hypothèses, la transmission de propriété ne s'effectue vis-à-vis des tiers qu'après l'accomplissement des formalités de publicité : publicité de l'acte de société si l'apport est effectué au profit d'une société nouvelle, publicité de la loi de 1909 au cas de fusion par annexion ; l'extrait ou l'avis doit alors être « publié dans un journal d'annonces légales du ressort du Tribunal de commerce où se trouve le fonds ou à son défaut dans un journal d'annonces légales de l'arrondissement » (1). La publication doit être renouvelée

(1) Loi du 17 mars 1909, art. 3, modifié en 1913.

du huitième au quinzième jour après la première insertion.

Mais la loi de 1909 a voulu protéger les intérêts des créanciers de l'apporteur. Les formalités de publicité requises par la loi étant réalisées, un délai de quinze jours va s'ouvrir pendant lequel les créanciers non inscrits de l'apporteur feront connaître au Greffe du Tribunal de commerce où le dépôt de l'acte de société a été opéré ou au Greffe du Tribunal de commerce de la situation du fonds leur qualité de créanciers et les sommes qui leur sont dues.

« A défaut par les coassociés ou l'un d'eux de former dans la quinzaine suivante une demande en annulation de la société ou de l'apport, ou si l'annulation n'en est pas prononcée, la société est tenue solidairement avec le débiteur principal au paiement du passif déclaré dans le délai ci-dessus et justifié » (1). Cette dernière situation sera la situation type, au cas de fusion : le tribunal ne peut prononcer la nullité d'un apport effectué à une société de capitaux déjà existante, sur la demande d'un seul associé alors qu'une majorité suffisante a décidé l'annexion. La question ne se pose pas pour les sociétés de personnes où l'adhésion de tous est nécessaire à l'entrée d'un nouveau membre dans la société. Il en est de même dans tous les cas de fusion proprement dite.

On peut se demander si la réglementation de la loi de 1909 s'applique au cas de fusion. Il se déduit en effet des prescriptions légales que l'apporteur, débiteur

(1) Art. 7, 3e alinéa de la loi du 17 mars 1909.

principal, doit continuer à exister. Or nous avons vu que la fusion provoquait toujours l'extinction de la société apporteuse.

Cette objection nous paraît réfutable. Sans doute la fusion entraîne la disparition de la société qui réalise l'apport mais, nonobstant sa dissolution, la société doit être considérée comme existante dans la limite et pour les besoins de sa liquidation. Or le paiement de dettes sociales antérieurement contractées, au cours de l'existence de la société est, au premier chef, une opération de liquidation:

Depuis la loi du 23 mars 1855, le transfert de la propriété d'un **immeuble** pour être opposable aux tiers doit être transcrit sur le registre du conservateur des hypothèques du lieu où est situé l'immeuble. Jusqu'à l'accomplissement de cette formalité, l'immeuble vis-à-vis des tiers (1) appartiendra toujours à la société apporteuse qui pourra l'hypothéquer et même le vendre. Il va sans dire que dans ces deux cas il y aurait lieu à paiement de dommages-intérêts au profit de la société nouvelle ou absorbante qui, au moins « inter partes », avait acquis la propriété de l'immeuble au moment où les société s'étaient mises d'accord sur les conditions de la fusion.

Les **valeurs nominatives** doivent faire l'objet d'un transfert sur les registres de la société émettrice. Les

(1) Il faut que ces tiers aient un droit sur l'immeuble et que ce droit soit soumis à publicité (loi du 23 mars 1855, art. 3).

valeurs à ordre se transmettent par endossement et les **valeurs au porteur** par tradition.

Conformément à l'article 1690 du Code Civil, la cession de **créances** exige une signification au débiteur cédé ou l'acceptation du débiteur cédé dans un acte authentique. La règle s'applique tant aux créances civiles qu'aux créances commerciales à condition toutefois que ces dernières n'aient pas revêtu la forme d'effets de commerce, la transmission au bénéficiaire s'opérant alors par voie d'endos.

Les **disponibilités** de caisse s'acquièrent dès leur individualisation. Un simple virement de banque transfère le solde créditeur des comptes courants de la société absorbée à la société absorbante.

L'aliénation effectuée par les sociétés fusionnantes ou absorbées étant à titre onéreux, d'autres valeurs vont être acquises en retour. En rémunération de ses éléments d'actif, la société apporteuse va se voir attribuer des actions ou des parts sociales mais cette acquisition va provoquer sa dissolution.

b) **L'aliénation de l'actif a pour effet immédiat la dissolution avant terme de la Société.**

Si on analyse le changement d'actif qui s'est opéré pour les sociétés fusionnantes et absorbées, on remarquera qu'il y a toujours changement quant à l'espèce et quelquefois changement quant au genre. Une société de participations qui fusionne avec une autre société de participations nous donne un exemple adéquat de chan-

gement d'actif « in specie ». Il y a changement dans le genre lorsque l'apport d'un actif industriel ou commercial est rémunéré par des actions.

Sauf si la société a pour objet l'exploitation d'un bien déterminé, le changement d'actif « in specie » n'a jamais pour effet d'entraîner de plein droit la dissolution de la société. La règle contraire est valable lorsqu'il y a changement dans le genre des éléments d'actif mais il ne faut pas que la société absorbée ait un objet social extensif : ce qui lui permettrait de changer la nature de ses opérations sans perdre sa personnalité.

Si l'apport d'actif n'a pas normalement pour effet une dissolution « jure », les associés devront décider préalablement que la réalisation de la fusion comportera extinction de la société apporteuse. L'absence d'une résolution de ce genre laissant subsister la société rendrait impossible toute fusion.

La dissolution avant terme est la conséquence directe de l'aliénation de l'actif mais cette dernière opération peut être affectée, de l'accord des parties, de diverses modalités. Les principales sont la condition et le terme.

La **condition** est un événement futur et incertain d'où dépendent l'existence ou la résolution d'un droit. Il y aura donc deux sortes de conditions : les conditions suspensives et les conditions résolutoires.

La condition suspensive la plus fréquente est l'acquittement préalable de son passif par la société absorbée, ceci afin d'éviter le paiement de droits de mutation qui peuvent être considérables, exception faite pour les sociétés qui peuvent bénéficier du système de la loi du 19 mars 1928.

Aux termes de l'article 1184 du Code Civil « la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement », quelle que soit la cause de sa défaillance. « Un projet de fusion de deux sociétés avec engagement pris par un associé d'éteindre le passif de l'une d'elles, sous condition qu'elle apporterait son actif dans la nouvelle société ne saurait obliger celui qui l'a souscrit, s'il était démontré que les conditions auxquelles sa promesse était subordonnée n'ont point été remplies et ne peuvent plus l'être par suite de la faillite de la société » (1).

S'il y a non pas impossibilité pour une partie de s'exécuter mais mauvais vouloir de sa part, le co-contractant envers lequel l'engagement a été pris aura le droit de forcer l'autre à réaliser la fusion c'est-à-dire à faire l'apport des éléments d'actif. S'il préfère demander la résolution du contrat, il pourra y joindre une demande de dommages-intérêts dont le montant sera fonction du préjudice causé.

Le **terme** ne suspend pas l'existence de l'obligation. Il en retarde seulement l'exécution. La fusion est faite à terme lorsque l'apport d'actif définitivement consenti et accepté est retardé, en ce qui concerne le transfert de propriété, pour permettre à la société absorbée de liquider son passif par exemple. Il y aurait encore fusion à terme si les éléments d'actif étaient apportés d'une manière fractionnée. Avec l'acquisition du dernier bien et l'acquisition en retour de la dernière action, la fusion serait consommée. Il n'y aurait d'ailleurs

(1) Lyon, 29 octobre 1890 (J. S., 1891, 443).

fusion que si les sociétés agissaient ainsi à la suite d'un accord préalable, la fusion étant, avant toutes choses, un contrat.

Il est très important de ne pas confondre le contrat de fusion fait sous condition et celui fait à terme. L'intérêt de la distinction est très grand, surtout pour les créanciers. Si la fusion est sous condition, les créanciers peuvent se prévaloir de la défaillance de cette dernière et, l'opération étant non avenue, la séparation des patrimoines a toujours existée entre la société absorbante et la société absorbée. Au contraire, au cas de fusion à terme, l'exécution du contrat est bien retardée mais l'obligation est, de l'accord des parties, définitivement contractée.

c) **L'aliénation de l'actif a pour effet médiat le transfert des droits des associés de la société dissoute dans la société nouvelle ou absorbante.**

Outre la dissolution avant terme, la fusion a pour conséquence de transférer les droits des associés de la société dissoute à celle qui bénéfice de l'apport. Ce changement dans le sujet passif du droit des associés est l'élément caractéristique de la fusion. C'est ce qui la différence de la cession d'actif où la société est également dissoute mais où les droits des associés sont liquidés et non reportés dans une autre société.

Chaque fois que la société sur laquelle les associés ont des droits se trouve modifiée dans ses caractères juridiques, il y a, en principe, modification du pacte social primitif. Il en serait autrement si la modification accomplie avait été prévue par les statuts et ses conditions de réalisation déterminées.

Dans les deux cas, la volonté des associés manifestée lors de la création de la société doit être observée. C'est l'application pure et simple de l'article 1134 du Code Civil : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ; elles ne peuvent être modifiées que par leur consentement mutuel ».

Tel est, du moins, le principe. En fait, il est appliqué rigoureusement dans les sociétés de personnes, c'est-à-dire dans les sociétés en nom collectif et dans les sociétés en commandite simple.

Dans les sociétés à responsabilité limitée et dans les sociétés par actions, la loi a conféré le droit de modifier la plupart des dispositions statutaires à une majorité. D'après certains auteurs (1), la réglementation légale provient de l'idée que, seules, les sociétés de capitaux jouissent d'une véritable personnalité juridique. Il en résulte la possibilité pour la société de modifier elle-même ses statuts à des conditions que la loi détermine pour considérer la volonté de la société comme valablement exprimée.

Cette opinion nous paraît difficilement soutenable. Toutes les sociétés de commerce, à l'exclusion des participations, jouissent de la personnalité morale lorsque les formalités prévues par la loi ont été observées. Mais toute société doit sa naissance à un contrat. Comme dans tous les contrats, une adhésion unanime des contractants a été exigée lors de sa formation et il est tout à fait logique de subordonner le changement des dispositions

(1) Voir Lacour et Bouteron. — Précis de Droit Commercial, n° 129 et suiv .

statutaires précédemment décidées aux mêmes conditions.

Néanmoins, la pratique a démontré une impossibilité presqu'absolue de réunir l'unanimité lorsque la société est composée d'un très grand nombre d'associés répartis en divers pays (1). D'autre part, la faculté de transmettre les titres au porteur par voie de tradition rend très difficile la réunion, à un moment donné, des volontés qui devraient normalement se trouver nécessaires pour modifier le pacte.

La forme à responsabilité limitée ou par actions est généralement choisie par les fondateurs de sociétés qui veulent réunir des fonds relativement considérables. Pour les associés, ces genres de sociétés présentent un réel avantage : la limitation de leur engagement au montant de leur part sociale ou de leur action. Dans ces deux sortes de sociétés qui ont déjà atteint actuellement un développement très important, la loi a prévu des règles spéciales en ce qui concerne les modifications statutaires.

Avant la loi du 1er mai 1930, il y avait lieu de distinguer entre les sociétés par actions qui avaient été constituées antérieurement à la loi du 22 novembre 1913 et celles qui avaient été créées postérieurement. D'autre part, on discutait sur le point de savoir si la même réglementation s'appliquait aux sociétés anonymes et aux commandites par actions. La loi de 1930 a unifié les dispositions législatives dont l'application faisait l'objet de nombreuses controverses et, à ce point de vue, on ne saurait que se féliciter de l'œuvre du législateur.

(1) Thaller. — Traité de Droit Commercial, 1898, p. 337.

Actuellement donc, la fusion en tant qu'entraînant une modification statutaire sera régie, quant à ses conditions de réalisation, par la loi du 7 mars 1925 si la société fusionnante ou absorbée est constituée à responsabilité limitée et par la loi du 1er mai 1930 si elle revêt la forme de l'anonymat ou de la commandite par actions.

La loi de 1930 a pour objet de déterminer les modification qui peuvent être apportées aux statuts, en fixant les conditions de majorité nécessaires pour opérer ces changements, compte tenu de leur importance. De ce fait, elle laisse en dehors de ses dispositions les éventualités prévues par les associés dans le pacte primitif. Il ne s'agit pas là d'une rectification des statuts mais de leur application et le principe de la liberté des conventions doit intervenir.

Aussi bien, déjà sous l'empire de la loi du 22 novembre 1913, il était admis par la majorité des auteurs (1) et, selon nous, avec raison que les prescriptions établies n'étaient pas d'ordre public. Le consentement de tous les actionnaires à une proposition que, par elle même, l'assemblée était incapable de voter pouvait être donné dans les statuts, à l'avance. D'autre part, il a toujours été admis que les conventions statutaires pouvaient étendre indéfiniment les pouvoirs de l'assemblée générale. Quant à la loi du 7 mars 1925, ses dispositions relatives aux modifications statutaires ont été établies en concordance avec la loi de 1913. Le raisonnement précédent garde donc toute sa valeur, pour elle.

(1) Vavasseur, R. S., 1914, 327 ; Lyon-Caen, Renault, Append., p. 11 ; Thaller et Pic, n° 1361.

Si les divers changements que les circonstances économiques peuvent inciter les sociétés à opérer ont été prévus dans les statuts, ils seront donc réalisés conformément à leurs prescriptions. Les associés ayant tous adhéré au pacte social, on doit considérer l'application des règles conventionnelles prévues comme faite à l'unanimité.

Mais il faut que le consentement des parties n'ait pas été donné à vide. L'autorisation statutaire accordée au Conseil d'Administration d'augmenter les engagements des actionnaires doit être limitée quant à son chiffre. On pourrait soutenir, dans le cas contraire, qu'il n'y a jamais eu de consentement réel.

Lorsque la fusion est cause d'une modification statutaire, il y a lieu d'en déterminer l'étendue afin de connaître la majorité nécessaire à sa réalisation. Nous allons suivre le législateur et examiner les différentes hypothèses qui peuvent se rencontrer, mais il nous faut observer tout d'abord que, dans les sociétés en commandite, le consentement du commandité est toujours indispensable. L'assemblée générale n'exerce pas le pouvoir suprême et le commandité ne lui est pas subordonné.

1° — *La fusion provoque l'augmentation des engagements des participants ou des actionnaires.* Il en serait ainsi si la fusion était consentie au profit d'une société en nom collectif ou en commandite, la rémunération consistant en une part de commandité. La responsabilité indéfinie et solidaire des associés serait substituée à leur responsabilité limitée au montant de leur part ou de leur action. On conçoit que, dans ce cas, l'unanimité soit requise par le législateur.

2° — *La fusion entraîne le transfert des droits des associés d'une société dans une autre dont la nationalité se trouve différente.*

Le criterium de la nationalité a varié plusieurs fois depuis une quinzaine d'années. A la veille de la guerre on choisissait ordinairement celui du siège social (1). Le système n'était pas sans défauts mais il avait l'avantage d'être supérieur à tous ceux qui avaient été proposés jusque là (nationalité des associés, pays de constitution de la société, lieu d'exploitation principale). Il avait pour lui sa netteté, sa facilité de détermination et sa possibilité d'application à tous les genres de sociétés.

La guerre de 1914 obligea la jurisprudence à tenir compte de certains éléments autres que le siège de la société. Beaucoup de sociétés allemandes s'étaient constituées en France, dans les formes prévues par la législation française, avec leur siège social dans le pays, mais la majorité sinon la totalité des droits sociaux appartenait à des sujets ennemis. Aussi, les tribunaux français firent-ils l'application d'un nouveau critère, celui du contrôle, emprunté aux idées anglaises et qui permettait de mettre sous séquestre les sociétés reputées ennemies en raison de la nationalité de la majorité de leurs associés (2).

A l'heure actuelle, les raisons pratiques qui avaient milité en faveur d'un changement de jurisprudence n'ont plus leur importance du temps de guerre. Néanmoins, assez récemment, la Cour de Colmar (3) a décidé

(1) Cl. R. Demogue. Note S., 1908.2.177.
(2) Req., 20 juillet 1915 ; Clunet, 15, 1164 ; Wahl, J. S., 16. 135.
(3) Colmar, 29 octobre 1925 ; S., 1927.2.38.

que la nationalité des sociétés en nom collectif se déterminait d'après la nationalité des associés « en tenant compte accessoirement de l'activité prépondérante d'un ou plusieurs associés et de la proportion des intérêts engagés ». A notre avis, cette thèse ne doit pas être généralisée. Dans l'espèce où il a été rendu, le jugement se défend car la loi alsacienne ne reconnaît pas la personnalité morale aux associés en nom collectif. Il n'en est pas de même chez nous et la nationalité d'une société est fonction de son siège pourvu que celui-ci ne soit ni fictif, ni frauduleux (1).

Du fait de la fusion avec une société étrangère, les associés de la société dissoute vont voir leurs droits soumis à une autre législation, quant à leur existence et quant à leur exercice. Aussi est-il tout à fait logique que la loi subordonne une modification de cette importance à l'agrément unanime.

3° — *La fusion entraîne le transfert des droits des associés d'une société dans une autre dont l'objet ou la forme ne sont plus semblables.* Nous savons que l'objet est le but économique que la société s'est proposée d'atteindre. Quant à la forme, elle constitue « le type juridique » de la société : société anonyme, en commandite, etc.

Les modifications qui portent sur l'objet ou la forme requièrent toujours une double majorité, que le changement ait lieu directement ou indirectement, au moyen d'une fusion par exemple :

(1) Rouen, 26 juillet 1912 ; Trib. Civil Bruxelles, 26 février 1923 ; D. P., 23.2. 54 ; Percerou, note, D. P., 241 ; Pillet. — Traité pratique de Droit international privé, II, p. 786.

a) un quorum de représentation : les trois quarts du capital ;

b) une majorité de délibération : la moitié plus une des voix représentant les trois quarts du capital dans les sociétés à responsabilité limitée ; les deux tiers des voix dans les sociétés par actions.

4° *Dans tous les autres cas*, la fusion peut être réalisée à des conditions moins rigoureuses sauf toutefois, dans les sociétés à responsabilité limitée, où toute modification statutaire quelle qu'elle soit doit être décidée « à la majorité des associés représentant les trois quarts du capital social » (1).

Pour les sociétés par actions, la première assemblée extraordinaire appelée à délibérer sur des propositions de fusion devra réunir un nombre d'actionnaires représentant les deux tiers au moins du capital social. Si ce quorum n'est pas atteint, une nouvelle assemblée peut être convoquée dans les formes statutaires et par deux insertions faites à une semaine d'intervalle dans le Bulletin des Annonces Légales Obligatoires et dans un journal d'annonces légales du siège social. Cette convocation reproduit l'ordre du jour indiquant la date et le résultat de la précédente assemblée. La seconde assemblée délibère valablement si les actionnaires présents ou représentés forment un quorum de la moitié au moins du capital social. Une troisième assemblée peut être convoquée dans les mêmes formes si ledit quorum n'est pas atteint. Dans ce dernier cas, la proportion du capital représenté doit être du tiers.

(1) Loi du 7 mars 1925 art. 31.

Les résolutions des différentes assemblées pour être valables doivent réunir les deux tiers au moins des voix. En principe, chaque actionnaire a autant de voix qu'il possède d'actions mais les statuts peuvent restreindre ce droit. Il faut, d'ailleurs, pour que la limitation statutaire soit valable qu'elle soit uniforme pour toutes les actions, même s'il y en a de plusieurs catégories, notamment des actions à vote plural.

Si la troisième assemblée n'a pas réuni un nombre suffisant d'actionnaires, elle pourra être prorogée à une date ultérieure de deux mois au plus à partir du jour auquel elle avait été convoquée. Les mêmes formes que précédemment doivent être observées pour la convocation. L'assemblée ne peut se tenir que six jours au moins après la parution du dernier avis. Pour être valable, le vote doit être donné dans les mêmes conditions que dans la troisième assemblée.

Les associés ont seuls pouvoir de décider la fusion. S'ils la repoussent, elle ne sera réalisée :

1°) ni par les gérants ou administrateurs (1).

Les gérants ou administrateurs ont, en principe, tous pouvoirs pour passer les actes conformes à l'objet de la société mais leurs prérogatives ne s'étendent pas, de plein droit, à la fusion. Celle-ci constitue une opération extraordinaire, profondément différente de celles pour lesquelles la société a été créée. Sauf si les statuts leur reconnaissent le droit d'y procéder, la fusion ne pourrait être décidée souverainement par eux.

(1) Douai, 17 décembre 1888 (J. S. 1891, 511).

2° ni par le liquidateur (1), si les associés ont décidé la dissolution.

Les gérants ou administrateurs voient leurs pouvoirs s'éteindre à la dissolution de la société. Un personnage nouveau surgit alors : le liquidateur. Bien souvent d'ailleurs dans les sociétés en nom collectif, en commandite ou à responsabilité limitée, le soin de liquider est conféré, par les statuts, aux gérants.

Quel que soit son mode de désignation, le liquidateur ne peut jamais réaliser un apport d'actif à titre de fusion. D'une part, en effet, la société serait déjà dissoute au moment où l'apport serait effectué. Or, nous avons vu que la fusion comportait nécessairement dissolution de la société apporteuse. D'autre part, en agissant d'une manière semblable, le liquidateur outrepasserait les limites du mandat qu'implique sa nomination. En effet, il est généralement décidé que, dans les sociétés de capitaux le partage doit porter sur des espèces et sur les biens en nature dans les sociétés de personnes.

Sans que l'opération puisse s'analyser en une fusion, il arrive parfois que le liquidateur effectue un apport d'actif au lieu d'en réaliser les éléments et d'en répartir le montant entre les ayants droit. Cette manière de procéder qui est un apport de biens indivis requiert, en principe, un consentement unanime. A son défaut, le liquidateur pourrait néanmoins réaliser l'opération à condition qu'il soit à même de payer en espèces aux associés dissidents le montant de leur quote-part dans l'actif. Avec les premiers actionnaires, le liquidateur est uni

(1) Douai 17 décembre 1888 (J. S. 1891, 511).

par un double mandat : mandat de liquidation, d'une part, mandat d'apport, d'autre part. Ce dernier intervenant toujours après l'autre doit être considéré comme le révoquant au moins dans la mesure où il lui serait contraire.

3°) ni par le syndic ou le liquidateur judiciaire.

La faillite ou la liquidation judiciaire ne mettent pas fin, de plein droit, à l'existence de la société mais le syndic de l'union a uniquement pour mission de liquider, c'est-à-dire vendre les biens de la société en faillite et d'en répartir le prix entre les créanciers. Le liquidateur judiciaire, contrairement à ce que pourrait faire supposer son nom, n'est jamais chargé de la liquidation. Il assiste les représentants de la société : administrateurs ou gérants. Ces derniers ne pourraient saisir les associés d'une proposition d'apport fussion car, du fait du jugement de faillite ou de liquidation judiciaire, il ne peut être procédé à aucun acte opposable aux créanciers sur le patrimoine de la société.

CHAPITRE III

EFFETS DE LA FUSION

Comme toute convention, la fusion ne peut ni nuire ni profiter aux tiers ; ses effets sont limités aux parties en cause, c'est-à-dire aux sociétés contractantes ou à leurs ayants droit. Ces derniers se répartissent en deux groupes.

A) LES ASSOCIÉS DES SOCIÉTÉS INTÉRESSÉES A LA FUSION

1°) **Les Associés de la société absorbante.** — Les associés de la société absorbante voient le fonds social gagner en valeur du fait de la fusion. Mais si l'objet de leur triple droit est plus étendu, sa quotité diminue par suite de l'entrée en société de nouvelles collectivités, de nouveaux membres.

Théoriquement du moins, la fusion ne porte pas préjudice aux associés de la société absorbante. Au contraire, l'amoindrissement des frais généraux, l'augmentation des moyens de production et de la clientèle vont provoquer une amélioration du rendement net. Il est vrai que, si les bénéfices s'élèvent, il y a désormais plus

d'associés appelés à se les partager.

La situation serait toute autre si, du fait de réserves occultes ou visibles, l'actif antérieur à la fusion avait été considérablement valorisé. Dans ce cas, faute de stipuler une prime d'émission à la charge de la société apporteuse, la fusion pourrait être dommageable pour les associés de la société annexante ;

2°) **Les Associés des sociétés fusionnantes ou absorbées.** — Nous avons examiné les divers éléments que comporte la définition de la fusion pour les sociétés fusionnantes ou absorbées. Il faut bien se garder de considérer ces éléments comme séparés dans le temps. Ils sont, au contraire, indissolublement liés et leur production simultanée caractérise le contrat de fusion.

La fusion est un contrat synallagmatique. En retour des éléments d'actif qu'elle reçoit, la société nouvelle ou absorbante attribue des actions ou des parts à la société apporteuse. Cette dernière en garde la propriété une minute de raison. Elle disparaît aussitôt de la vie juridique par la volonté des parties ou par l'effet de la loi.

A ce moment, les associés de la société dissoute deviennent copropriétaires de l'actif social mais la doctrine et la jurisprudence se trouvent d'accord pour restreindre les effets de cet état de la propriété à tous les actes qui ne se rattachent pas à la liquidation.

Quoique dissoute, la société est, en effet, présumée exister pour les besoins et dans les limites nécessaires à sa liquidation. Elle sera donc toujours représentée par le liquidateur pour les opérations dont l'objet est de

terminer les négociations en cours, de réaliser l'actif et d'acquitter le passif.

La limitation ainsi apportée aux effets de la copropriété est considérable. On peut néanmoins trouver des actes qui n'ont aucun rapport avec la liquidation et pour lesquels cette limitation ne joue pas.

Indépendamment des stipulations statutaires, chaque indivisaire a le droit de provoquer le partage, nul n'étant tenu de rester dans l'indivision. Conformément à l'article 883 du Code Civil, le partage effectué entre les ex-associés par le liquidateur est déclaratif. Chaque ancien associé doit être considéré comme ayant la propriété privative des biens mis à son lot, dès le commencement de l'indivision, c'est-à-dire dès la réalisation de la fusion.

Les biens répartis par le liquidateur consistent en des parts d'intérêts ou en des actions. Les parts sociales étant, en principe, intransmissibles, le traité de fusion devra avoir prévu la situation et autorisé leur cession aux ex-associés de la société dissoute.

Les actions sont négociables, c'est-à-dire susceptibles d'être transférées suivant les formalités simplifiées du droit commercial. En vertu de l'article 3 modifié de la la loi de 1867, les actions d'apport ne peuvent être détachées de la souche et négociables qu'après l'expiration d'un délai de deux ans. Néanmoins « en cas de fusion de « sociétés par voie d'absorption ou de création d'une so- « ciété nouvelle englobant une ou plusieurs sociétés pré- « existantes, l'interdiction de détacher les actions de la « souche et de les négocier ne s'applique pas aux actions

« d'apport attribuées à une société par actions ayant « lors de la fusion plus de deux ans d'existence » (1).

Le texte que nous venons de citer est le seul qui, en droit privé, ait fait allusion à l'opération de fusion ; c'est le seul sur lequel on puisse se baser, au moins en droit commercial, pour soutenir que la fusion est un contrat nommé.

B) LES CRÉANCIERS DES SOCIÉTÉS INTÉRESSÉES A LA FUSION

1°) **Les Créanciers de la Société absorbante.** — Si l'apport-fusion est réalisé net de toute charge, le patrimoine actif de la société absorbante sera accru du montant dudit apport. Or le droit de gage des créanciers sociaux porte sur tout le patrimoine actif. Plus la composition de celui-ci se trouve étendue, mieux le droit des créanciers se trouve garanti.

La situation serait analogue si la société absorbante était chargée d'acquitter le passif de la société absorbée. L'apport de celle-ci serait considéré comme une vente jusqu'à concurrence du passif mais comme un véritable apport pour le surplus. Si le passif absorbait tout l'actif, la fusion serait nulle faute d'apport réel (2).

L'existence de dettes antérieures n'empêche pas le débiteur d'en contracter de nouvelles. Sauf le cas de fraude, les créanciers de la société absorbante ne sont pas fondés à se plaindre de l'augmentation du passif de leur débitrice qui s'est chargée d'acquitter les dettes de la société apporteuse.

(1) Loi du 16 novembre 1903, art. 2.
(2) Cass., 14 juin 1887 (S. 87.1.407).

2°) **Les Créanciers des Sociétés fusionnantes ou absorbées.** — La question a fait l'objet de plusieurs études doctrinales. Nous allons essayer de déterminer et de justifier les principes d'où découlent les solutions pratiques.

A) Les Créanciers à créance exigible

I) Les créanciers ne se voient jamais obligés de poursuivre les socétés nouvelles ou absorbantes.

Pourquoi ? Parce qu'un créancier n'est jamais forcé de changer de débiteur. Le créancier a suivi la foi de son débiteur. Il est tout à fait logique que ce dernier ne puisse librement se substituer une autre personne dont la moralité et le degré de solvabilité peuvent n'être pas semblables. Le Code Civil a fait de cette idée une application absolue. Dans les deux cas où la loi prévoit la transmission des biens à titre universel, c'est-à-dire au cas de succession légitime ou testamentaire, les créanciers ou légataires du de cujus gardent, en quelque sorte, comme débiteur la personne décédée. Celle-ci est considérée comme toujours existante ; elle garde son patrimoine tant que ses dettes n'ont pas été complètement éteintes. La séparation des patrimoines, privilège que la loi confère aux créanciers et légataires, met ceux-ci à l'abri de la confusion des biens qui aurait pu s'établir définitivement au moment du décès. « Bona non dicuntur, nisi deducto aere alieno ».

La fusion n'entraîne jamais une transmission à titre universel. Celle-ci suppose, en effet, non seulement l'aliénation de tout un actif et la transmission de tout un passif mais encore la perte d'un patrimoine. Sans doute on définit généralement le patrimoine l'ensemble des

droits et obligations d'une personne appréciables en argent. Cette définition n'est pas tout à fait exacte. En plus des créances et des dettes, le patrimoine comprend la faculté d'acquérir (1).

Or, cette faculté d'acquérir n'est jamais perdue au cas de fusion. La meilleure preuve c'est qu'en retour de l'actif transmis, la société recueille des actions ou des parts. Si la société absorbée disparaît, ce n'est pas parce qu'elle n'a plus de biens mais parce que les biens qu'elle possède ne lui permettent plus d'atteindre son objet ou parce que les parties ont subordonné sa dissolution au changement dans la nature ou dans l'espèce de ses éléments d'actif.

II) Les créanciers peuvent poursuivre la société nouvelle ou absorbante dans deux cas qui sont déterminés.

1°) *par la loi.* — Nous savons que la loi de 1909 dispose qu'au cas d'apport d'un fonds de commerce, l'aliénation doit être publiée.

Les formalités de publicité observées, si les créanciers se sont fait connaître dans le délai prescrit, les coassociés de la société apporteuse peuvent demander la nullité de la société ou de l'apport. A défaut de cette demande ou si elle est rejetée par le Tribunal, la société bénéficiaire est solidairement tenue avec la société apporteuse du passif déclaré.

2°) *par la convention des parties.* — Le traité de fusion peut stipuler que l'apport sera rémunéré en partie

(1) Aubry et Rau, 5 édit., t. IX, p. 373. Planiol, 11 édit., t. I, 2148 et 9.

par des actions et c'est dans cette limite seulement qu'il y aura fusion et en partie par des espèces en raison du passif à acquitter. Celles-ci peuvent être versées à la société absorbée ou gardées par la société absorbante à la disposition des créanciers. Dans la première hypothèse, il y a vente pure et simple puisqu'il y a aliénation contre paiement d'un prix. Dans le second cas, il y a également vente mais jointe à une stipulation pour autrui. Celle-ci est valable. Elle rentre, en effet, dans le cas de l'article 1121 du Code Civil. La stipulation pour les créanciers est la condition de la stipulation que la société absorbée fait pour elle-même. Il est bien certain qu'à son défaut, la société absorbée se serait fait attribuer des actions en nombre supérieur.

Pratiquement d'ailleurs, les sociétés qui réalisent un apport-fusion, avant d'éteindre leur passif stipulent toujours que la société absorbante sera tenue du paiement de leurs dettes ; d'autre part, même en l'absence d'une convention de ce genre, l'apport d'actif devant être total et comprendre obligatoirement le fonds de commerce, les créanciers sociaux pourront se prévaloir des règles édictées en leur faveur par la loi de 1909.

Mais, malgré la publicité imposée, la fusion peut ne pas parvenir à la connaissance des créanciers de la société absorbée ou des sociétés fusionnantes. Dans ce cas, faute de faire la déclaration prescrite au Greffe, les créanciers se verront normalement dans l'impossibilité de poursuivre la société acquéreuse.

Pour protéger les intérêts des créanciers de la société disparue, la jurisprudence a fait prédominer l'é-

quité sur le droit strict. Chaque fois que la possibilité lui en a été donnée, elle a décidé, par interprétation souveraine de la volonté des parties, que l'actif et le passif avaient été cédés ensemble, mais aucune atteinte n'a jamais été portée aux principes généraux du droit, par la Cour Suprême, en matière de fusion. Les motifs de l'arrêt du 18 décembre 1844 (1) sont à retenir : « Si, aux termes de l'article 870 du Code Civil, les détenteurs à titre successif d'un actif mobilier ou immobilier contribuent au paiement des dettes et charges de la succession, aucun texte de loi ne fait résulter de la transmission ou de la simple détention d'un actif mobilier ou immobilier une obligation personnelle pour le détenteur » (2).

III) Les créanciers peuvent toujours poursuivre les sociétés fusionnantes ou absorbées.

La société dissoute garde sa personnalité juridique jusqu'à la fin des opérations de liquidation. La poursuite des créanciers a pour objet de faire procéder à l'acquittement des dettes sociales. Elle doit être dirigée contre la société disparue, en la personne de son liquidateur. Deux situations peuvent alors se présenter :

(1) D. P. 45-1-15.

(2) Il est évident que si la société absorbante a pris en charge le passif intégral de la société absorbée, elle ne pourra pas opposer au créancier qui la poursuit l'absence de déclaration au greffe du tribunal de commerce dans les termes et délais prescrits par l'article 7 de la loi de 1909. Si le créancier poursuit la société absorbante, ce qui suppose son adhésion à l'opération de prise en charge, il y a alors novation dans les termes du droit commun. C'est ce que la Cour de Paris (2e Chambre) a décidé le 17 juin 1930 dans l'affaire Société Aix et Provence c/ Protheau. (Voir Gazette des Tribunaux du 16 septembre 1930).

A) *Le liquidateur n'a pas encore réparti entre les ex-associés les actions ou les parts sociales.*

Dans ce cas, les créanciers peuvent se voir remettre des actions. L'opération constitue alors une dation en paiement. La dation en paiement suppose l'accord préalable du débiteur et du créancier. Si les créanciers refusent d'accepter des actions, le liquidateur devra les vendre et en répartir le prix aux ayants droit.

Lorsque l'actif de la société apporteuse est composé de parts d'intérêts, la question est plus délicate. Les parts d'intérêts sont, en principe, intransmissibles et les créanciers ne peuvent en demander l'appropriation, sauf si le traité de fusion avait prévu cette situation, ce qui pratiquement n'arrivera guère. Si les créanciers ont en mains une créance exigible il est tout naturel qu'ils en réclament un paiement immédiat et complet. Dans certains cas, le remboursement aurait été total si la société n'avait pas fusionné. Y a-t-il, dans l'état actuel du droit, un moyen pour les créanciers de mettre obstacle à la fusion ? Nous ne le pensons pas. Quoique le patrimoine du débiteur soit le gage de ses obligations, il garde toujours le droit de disposer des éléments qui le composent. Si les créanciers se trouvent lésés, ils pourront intenter l'action paulienne, pourvu toutefois qu'ils se trouvent dans les conditions requises par la loi (1).

(1) L'apport-fusion peut quelquefois être décidé par la société absorbée après que celle-ci ait cessé de payer ses dettes exigibes et avant le prononcé du jugement de faillite ou de liquidation judiciaire. Lorsque l'un de ces jugements sera rendu, l'art. 447 du Code de Commerce deviendra applicable. Le tribunal pourra prononcer la nullité de la fusion à deux conditions :

a) que le contrat ait été passé pendant la période suspecte, qui remonte à la date de la cessation des paiements, pas au delà ;

b) que la société absorbante ait eu connaissance de la cessation des paiements au moment de passer contrat.

En l'absence d'un texte légal nous ne pouvons reconnaître aux créanciers sociaux le droit de faire opposition à l'apport-fusion (1).

Pratiquement, lorsque l'apport aura été rémunéré par des parts d'intérêts, les créanciers pourront exercer de plein droit l'action paulienne, si par cette opération, la société s'était rendue insolvable ou avait aggravé son insolvabilité. La condition de fraude de la société débitrice se rencontrera toujours. Celle-ci sait en effet que la fusion en mettant dans son patrimoine des éléments intransmissibles va l'empêcher d'acquitter ses dettes. Quant à la société absorbante la connaissance de la situation réelle de sa co-contractante n'a pas dû lui échapper. Les comptes et bilans ont été examinés dans chacune des deux sociétés et les renseignements qu'ils fournissent ont dû suffisamment éclairer les parties.

L'action paulienne va faire révoquer l'apport total mais si une partie seulement de l'actif suffit à désintéresser les créanciers, le solde va profiter à la société nouvelle ou absorbante, le contrat, malgré l'exercice de l'action paulienne, doit être considéré comme toujours existant entre les parties. Il y aurait alors fusion dans les limites de l'actif maintenu dans le patrimoine de la société nouvelle ou absorbante.

Dans le cas où la société absorbante a aliéné elle-même les éléments d'actif reçus, l'exercice de l'action paulienne devient très aléatoire. Les créanciers devront démontrer, au préalable, le « consilium fraudis debito-

(1) En sens contraire MM. Lacour et Bouteron, n° 677. Lacour J. S. 1913 - 114.

ris » chez le sous-acquéreur. Or, celui-ci aura bien souvent traité avec la société absorbante sans connaître l'origine, dans le fonds social, des éléments d'actif qui lui auront été transmis.

B) *Le liquidateur a réparti les actions ou les parts aux associés, sans régler le passif social.*

Si les créanciers sociaux le poursuivent alors ès-qualité, le liquidateur devra se retourner contre les associés et leur faire rembourser ce qui leur avait été attribué. Dans le cas où la distribution aura porté sur des parts d'intérêts, la chose sera relativement facile. Mais si les actions réparties avaient été aliénées et qu'il fut impossibilité aux associés d'en rapporter la valeur au moment de la réclamation des créanciers, le liquidateur pourrait être poursuivi en paiement de dommages-intérêts. Sans doute le liquidateur n'est pas le mandataire des créanciers sociaux et de ce fait il n'est tenu d'aucune obligation à leur égard, mais il est responsable de ses délits ou quasi délits. Or il y a au moins quasi délit à répartir ce que l'on sait être le gage des créanciers.

Au lieu de poursuivre le liquidateur, les créanciers pourraient actionner chacun des associés pour sa part et portion dans la dette. Lorsque l'actif social a été réparti avant l'extinction du passif, les associés sont considérés comme s'étant immiscés dans la liquidation et, de ce fait, ils sont personnellement réponsables en tant que liquidateurs, vis-à-vis des créanciers sociaux, de la disparition du gage.

B) Les Créanciers à terme

Au cas de fusion, les créanciers à terme peuvent toujours prendre des mesures conservatoires. Il ne nous semble pas qu'ils puissent demander à être compris dans les distributions effectuées aux autres créanciers, quitte à ne toucher leur dû qu'à l'échéance. Un droit de ce genre conféré aux créanciers à terme excède le cadre des mesures conservatoires. Il s'agit là, à proprement parler, d'un acte d'exécution ou tout au moins préparatoire d'exécution comme l'action paulienne ; et l'action paulienne ne peut être exercée par les créanciers à terme (1).

Peuvent-ils exiger le remboursement immédiat de leur créance ? Une jurisprudence déjà ancienne est nettement dans l'affirmative (2). Elle autorise les créanciers à terme à demander la résolution du contrat avec dommages-intérêts, en se basant sur l'article 1184 du Code Civil ou la déchéance du terme pour diminution des sûretées conférées par le contrat, conformément à l'article 1188.

Il ne nous semble pas que cette jurisprudence doive être approuvée. L'obligation des sociétés fusionnantes ou absorbées qui consiste à assurer l'acquittement de la dette suivant les prescriptions du contrat sera susceptible d'être exécutée, même après la fusion. D'autre part les termes dans lesquels est conçu l'article 1184 doivent en faire réserver l'application aux contrats synallagma-

(1) En sens contraire Cass. 24 nov. 1869 (S. 70.1.168). Houpin et Bosvieux, t. I, 594. D'après Thaller (n° 457) les créanciers à terme pourraient exiger leur paiement immédiat si les autres créanciers étaient désintéressés.

(2) Seine, 6 nov. 1875 et Paris, 23 mars 1876. Cass., 6 janvier 1885 (S. 1888.1.57). Lyon, 12 janvier 1899 (J. S. 1899.525).

tiques. D'après l'opinion de la majorité des auteurs, le prêt obligataire qui est une dette à terme pour la société à qui il est consenti est un contrat unilatéral.

Quant à l'article 1188, sa portée est conditionnée par l'interprétation à donner au mot « sûreté ». La majorité des auteurs et de la jurisprudence l'entendent au sens des garanties particulières (hypothèque, nantissement, antichrèse) expressément stipulées (1) et non du droit de gage général appartenant aux créanciers. Du reste, si ce dernier sens était le véritable, la fusion n'aurait pas pour effet de diminuer les sûretés des créanciers. Leur droit s'exercerait d'une façon médiate, par l'entremise des titres, sur l'actif aliéné.

Les sociétés fusionnantes ou absorbées peuvent-elles contraindre les créanciers à terme à recevoir le remboursement si tel est leur intérêt ? La jurisprudence se basant sur les considérations de fait relatives à l'impossibilité pratique d'assurer le paiement des dettes aux échéances convenues admet l'affirmative. A notre avis, tout dépend de la personne dans l'intérêt de qui le terme a été consenti. Si le terme a été stipulé en faveur du créancier (cas des obligataires, bien souvent) ou des deux parties, les sociétés fusionnantes ou absorbées, dans l'impossibilité juridique de restreindre leurs engagements ne peuvent procéder, avant terme, à leur libération.

(1) Lyon-Caen et Renault n° 583. Le Courtois p. 58. Latté note S. 88.1.157. Levy Ullmann p. 368 et s. Vavasseur n° 473. Arthuys n° 525. Aubry et Rau t. IV, p. 89 note 14. Demolombe, t. XXV n° 672. Baudry-Lacantinerie et Barde H., t. II n° 1015. T. de Com. Seine 24 juin 1907 (J. S. 1907, 453 et la note) et 20 novembre 1930 (J. S. 1922, 125). Cass. 10 mai 1881 (S. 82.1.17). T. Civ. Seine, 6 février 1914 (J. S. 1915, 130).

Si elles violaient cette règle de droit, le remboursement devrait porter sur le principal de la créance et sur une indemnité pour préjudice causé. Envers les obligataires, la société débitrice serait tenue du paiement de la somme réellement prêtée, d'une quote-part de la prime de remboursement « prorata temporis » et d'une indemnité éventuelle égale à la différence d'intérêt que le créancier obligataire pourrait se faire consentir de nouveau par rapport à l'intérêt ancien et jusqu'au moment où normalement l'extinction du contrat primitif aurait dû avoir lieu.

C) Les Porteurs de parts bénéficiaires

La loi du 23 janvier 1929 a mis fin à une controverse qui divisait la doctrine et la jurisprudence sur la nature juridique de la part de fondateur.

Aux termes de l'article 1, paragraphe 2 de la dite loi, ces titres qui sont en dehors du capital social ne confèrent pas à leur propriétaire la qualité d'associé. La part de fondateur est « une créance éventuelle contre la société » car les droits dont jouit son titulaire sont subordonnés à la réalisation de bénéfices sociaux.

D'autre part, il était admis d'une manière générale que la condition des parts de fondateur ne pouvait être modifiée que du consentement unanime des porteurs. Le lieu qui unit les porteurs aux actionnaires étant de nature contractuelle, le consentement réciproques des parties était nécessaire à sa modification comme à sa création, sauf stipulation contraire.

En pratique, les statuts prévoyaient ordinairement la constitution d'une société civile dans laquelle les por-

teurs de parts devaient entrer obligatoirement. Les décisions prises par cette assemblée à des conditions déterminées engageaient tous les porteurs.

C'est cette solution que le législateur a adopté dans la nouvelle loi. Au cas de silence des statuts et même au cas de clause contraire, « les propriétaires des parts d'u-« ne même masse peuvent être réunis en assemblée géné-« rale à toute époque et prendre, à la majorité, des réso-« lutions qui s'imposent à tous les porteurs » (art. 1, 6e al. de la loi).

L'assemblée des porteurs peut consentir toutes modifications dans le régime des parts, leur forme, leur durée et le montant de leurs droits.

Les porteurs étant des créanciers éventuels, non des associés, ne peuvent s'immiscer dans l'administration de la société. Le droit de décider la fusion n'appartient qu'aux actionnaires.

La fusion a une importance considérable pour les porteurs de parts des sociétés fusionnantes ou absorbées. Elle met fin à leur droits dans la société qui disparaît sans les reporter dans la société nouvelle. Aussi la loi de 1929 a décidé qu'au cas de fusion, nonobstant toute clause contraire des statuts, l'assemblée des porteurs de parts doit toujours être réunie pour approuver le contrat.

Pour délibérer valablement, l'Assemblée des porteurs doit être convoquée par deux insertions successives au Bulletin Annexe du Journal Officiel et par une seule insertion dans un journal d'annonces légales.

A la première convocation, la représentation des trois quarts des parts est exigée ; à la seconde, le quorum

n'est plus que de la moitié ; il est réduit au tiers à la troisième convocation. Les décisions sont prises à la majorité des deux tiers des membres présents.

A défaut d'approbation des porteurs de parts, un droit éventuel naît en leur faveur à des dommages-intérêts. Ce droit devient actuel si l'étendue du droit des porteurs a été précisé dans les statuts, au cas de dissolution anticipée.

Si les statuts n'avaient pas prévu cette éventualité, le soin de déterminer l'indemnité serait dévolu au tribunal. Comment procèderait-il, en pratique ? C'est là une question difficile et résolue de bien des façons. Il a été jugé qu'il y a lieu de tenir compte des bénéfices des exercices ultérieurs d'après la moyenne des répartitions faites aux parts depuis la fondation de la société, sous une certaine déduction représentant les risques qui ne joueront plus pour l'avenir (1). D'après M. Wahl, les parts devraient être remboursées au prix auquel elles sont cotées dans la période qui précède immédiatement la dissolution (2). La Cour de Paris, dans un arrêt du 20 juillet 1897, fixe les dommages-intérêts à une somme égale au prix d'acquisition des parts en principal augmenté des frais et intérêts (3). Personnellement, il nous semble que la fixation de l'indemnité doit dépendre des circonstances de fait (4). En raison de ces dernières, il

(1) Seine, 10 mars 1890 (J. S. 1890.520). Paris, 17 juin 1893 (J. S. 1893.498). Seine, 29 mai 1899 (J. S. 1899.459).

(2) J. S. 1897, 246.

(3) J. S. 1899, 158.

(4) En ce sens Arthuys n° 655. Thaller et Pic 1726, Seine 24 septembre 1894 (J. S. 1895. 38). Paris, 8 mars 1897 (Gaz. Pal. 97.1.67). Lecouturier n° 126.

doit être possible de ne rien allouer aux porteurs si la situation de la société permet d'établir, avec certitude, que ceux-ci n'auraient jamais rien reçu, même si l'existence de la société avait été maintenue jusqu'à l'arrivée du terme prévu par les statuts.

CHAPITRE IV

NULLITÉ DU CONTRAT DE FUSION

A) Différentes sortes de nullité.

Au sens d'inefficacité de l'acte juridique, la nullité a ses degrès. Actuellement, les auteurs ont tendance à distinguer l'inexistence, la nullité absolue et la nullité relative.

1° La fusion est inexistante s'il manque à sa formation un des éléments indispensables comme le consentement, l'objet, la cause. Est inexistant, faute d'objet, l'apport-fusion absorbé intégralement par le passif de la société apporteuse (1).

2° Sont frappés de nullité absolue les contrats dont les dispositions sont contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Rentrerait dans cette catégorie la fusion réalisée pour constituer une société dont le but serait illicite, comme l'exploitation de maisons de jeu.

Il y a encore nullité absolue lorsque les formalités de publicité prescrites par la loi n'ont pas été remplies,

(1) Cass. 14 juin 1887 (S. 1887.1.407).

lorsque les dispositions de la loi de 1867 sur les sociétés par actions et celles de la loi du 7 mars 1925 sur les sociétés à responsabilités limitée n'ont pas été observées.

3° La nullité est relative dans deux cas, lorsque le consentement a été donné par une partie incapable ou lorsqu'il a été vicié. Parmi les vices de consentement, la **violence** doit être considérée en notre matière comme quantité négligeable.

L'**erreur** même sera tout à fait exceptionnelle. Elle n'est, en droit, une cause de nullité que si elle porte sur la substance même de la chose qui forme l'objet du contrat. En d'autres termes, l'erreur n'entraîne la nullité de la convention que si elle atteint les qualités de la chose que les parties avaient plus particulièrement en vue, en s'obligeant. La nullité de la fusion pourrait être demandée par la société absorbante si elle avait décidé l'opération pour se procurer des liquidités, liquidités dont, en définitive, la société absorbée ne disposait pas. Cet exemple nous montre que l'erreur sera toujours rendue possible par la négligence des personnes chargées d'étudier les avantages du contrat.

Le mot **dol** désigne toute manœuvre frauduleuse employée pour tromper l'auteur de l'acte juridique. Pour être une cause de nullité, le dol doit avoir été employé par l'une des parties contre l'autre et être principal, c'est-à-dire avoir déterminé le co-contractant à la passation de l'acte. Il a été jugé (1) que la fusion de deux sociétés doit être déclarée nulle s'il est constant que les actionnaires de l'une d'elles n'ont voté cette fusion qu'à la suite de manœuvres frauduleuses de l'autre so-

(1) Seine, 1er mars 1888 (J. S. 1889. 289).

ciété, sur un rapport favorable présentant la fusion comme avantageuse, alors que la société absorbante était dans une situation désespérée.

L'incapacité des parties est une cause de nullité plus thoérique que pratique en matière de fusion. Contrairement à l'opinion d'un auteur (1), il n'y aura pas nullité pour incapacité lorsque le gérant d'une société en commandite aura décidé, de sa propre autorité, la fusion (2) mais absence de contrat par suite de l'absence du consentement des associés qui était indispensable.

B) **Effets de la nullité.**

Quelle que soit sa nature, la nullité produit des effets rétroactifs. Elle fait considérer le contrat comme n'ayant jamais existé dans le passé. Toutefois, quant au régime auquel elle est soumise, il y a lieu de distinguer l'inexistence et la nullité absolu d'une part, la nullité relative d'autre part.

L'inexistence et la nullité absolue sont encourues de plein droit ; elles sont susceptibles d'être invoquées par toute personne intéressée et ne peuvent disparaître ni par confirmation, ni par prescription (1).

(1) Gompel « De la Fusion des Sociétés Anonymes », p. 193.

(2) Les gérants, administrateurs ou liquidateurs n'ont pas qualité pour décider la fusion. Douai, 17 déc. 1888 (J. S. 1891. 511). Thaller et Pic, n° 648.

(3) D'après la jurisprudence, la nullité absolue ne produit pas ses effets de plein droit ; elle doit être demandée en justice par voie d'action en nullité et cette action se prescrit par trente ans. D'après la majorité des auteurs, au contraire, la prescription de trente ans ne supprime pas la nullité des contrats. Exemple : le pacte sur succession future ou le contrat de mariage rédigé postérieurement au mariage. Seulement il arrivera, en fait, que les effets produits par le contrat ne pourront plus disparaître après trente ans, soit par l'effet de la prescription extinctive, soit par l'effet de la prescription acquisitive.

La nullité qui résulte de l'absence des formalités de publicité est une nullité d'ordre public. Elle est absolue en ce sens que tout intéressé peut l'invoquer en justice mais elle ne produit effet qu'à partir du moment où elle est prononcée judiciairement. D'autre part, il n'est pas permis aux associés de s'en prévaloir contre les tiers et, dans les rapports des associés entre eux, la nullité doit être assimilée à une dissolution.

L'inobservation des lois de 1867 et de 1925 engendre une nullité de même nature avec toutefois cette différence : une prescription de dix ans ayant pour point de départ le jour où ont commencé les opérations sociales. De plus, la loi de 1867, modifiée en 1893, prévoit que la nullité sera couverte, lorsque, avant l'introduction de la demande, la cause de nullité aura cesser d'exister (1).

La nullité relative est toujours prononcée par justice. Ne peut s'en prévaloir que la partie dont le consentement a été vicié ou qui était incapable. En outre, la nullité relative est susceptible de disparaître par confirmation ou par prescription de dix ans. Cette dernière prescription étant basée sur une idée de confirmation tacite trouvera son point de départ au jour où la confirmation sera rendue possible, soit pour le dol par exemple, au jour où il aura été découvert.

C) **Responsabilités.**

La nullité de la fusion peut entraîner une recherche des responsabilités. Au premier rang des personnes sus-

(1) Dans le cas où la réparation de l'irrégularité exige une délibération de l'Assemblée générale des actionnaires, l'exercice de l'action en nullité est suspendu dès le jour où cette assemblée aura été convoquée (art. 8, 3e et 4e al. de la loi de 1867 modifiée).

ceptibles d'être considérées comme responsables, nous trouvons les gérants et administrateurs.

Sans nous attacher aux conséquences pénales que peut engendrer pour eux l'inobservation des lois des 24 juillet 1867 et 7 mars 1925, nous verrons rapidement les cas où leur responsabilité civile est engagée.

Vis-à-vis de la société qu'ils représentent, la responsabilité des gérants ou administrateurs est d'ordre contractuel. Comme tout mandataire, ils doivent apporter à la gestion des affaires sociales les soins d'un bon père de famille. En vertu de l'article 1992 du Code Civil, ils répondent non seulement de leur dol mais encore de leur faute et leur responsabilité à cet égard est d'autant plus lourde que leur mandat est ordinairement salarié. Les actionnaires auxquels un projet de fusion a été soumis, s'ils ont été induits en erreur sur les avantages du contrat, peuvent poursuivre les auteurs responsables : administrateurs, gérants, commissaires aux apports (1).

Envers les associés personnellement et les tiers, les gérants, administrateurs, commissaires vérificateurs sont tenus de leurs délits ou quasi délits. En matière délictuelle, la faute la plus légère suffit pour faire retenir la responsabilité. « In lege Aquilia, culpa levissima venit ». Un actionnaire qui aurait augmenté sa participation dans la société absorbante après lecture du rapport du Conseil d'Administration présentant la fusion comme très intéressante, pourrait réclamer des dommages-intérêts, si le rapport était mensonger.

---

(1) Floucaud Penardille, n° 622. Goirand, p. 241.

DEUXIEME PARTIE

La Fusion
au point de vue fiscal

Avant 1928, le régime fiscal des fusions était uniforme. Les diverses opérations que l'analyse juridique nous fait apercevoir dans la fusion étaient frappées des droits et impôts ordinaires. Tout au plus, y avait-il une légère exception en ce qui concerne le droit d'apport.

Le système n'était pas sans inconvénient. En raison de son coût, la plupart du temps très élevé, on ne pouvait guère présumer que les fusions allaient se multiplier. La fusion des Usines du Rhône et des Etablissements Poulenc, les premières au capital de 27 millions, les secondes au capital de 60 millions, avait donné lieu à une réclamation de la part du fisc portant sur 21 millions. Il y avait là une situation intolérable qui ne pouvait se prolonger sous peine d'empêcher tout mouvement de concentration. Or, ainsi que le disait le rapport Chéron, « la concentration d'un certain nombre d'entreprises « sous une direction unique permettra la rationalisation « de la production. La nouvelle société formée par la « réunion de diverses petites sociétés se vouant à des fa- « brications similaires aura la possibilité à la fois de spé- « cialiser la production de chacune de ses usines et de « réduire le nombre des types de fabrication, d'où une « diminution du coût de production dont bénéficieront « les consommateurs » (1).

(1) Rapport Chéron au Sénat, Annexe n° 210, J. O. 30 septembre 1928, p. 280.

D'autre part, l'importance du problème n'avait pas échappé aux pays étrangers. La fusion est un phénomène qui caractérise, au moins dans la vieille Europe, la période d'après guerre. Il était indispensable de soustraire ledit phénomène à l'application des règles ordinaires de droit fiscal qui avaient été établies pour des hypothèses plus simples. Il fallait une législation spéciale aux fusions au moins tant que celles-ci seraient nécessaires au maintien de la prospérité nationale.

C'est en s'inspirant de cete idée que le gouvernement soumit au Parlement un texte qui devait devenir l'article 25 de la loi du 19 mars 1928. Conçu sous l'influence de la loi belge de 1927, il était néanmoins plus étendu dans ses effets mais d'application plus restreinte.

Nous sommes donc amenés à étudier d'abord le régime fiscal de droit commun des fusions ; nous verrons ensuite la réglementation exceptionnelle et temporaire de la loi de 1928.

CHAPITRE PREMIER

LE RÉGIME FISCAL DE DROIT COMMUN DES FUSIONS

La réalisation de la fusion fait naître des obligations envers le Fisc à la charge de trois catégories de personnes.

1°) Les Sociétés Nouvelles ou Absorbantes

a) *le droit d'apport.*

Tout acte portant constitution d'une société ou augmentation de capital d'une société déjà existante est assujetti à la formalité de l'enregistrement dans les trois mois de sa date. Il donne ouverture à des droits qui varient suivant le mode de rémunération et la nature des apports.

Les apports sont dits purs et simples lorsqu'ils sont rémunérés par des valeurs entièrement soumises aux risques de l'entreprises : actions, parts d'intérêts, parts bénéficiaires. Ils sont alors frappés du **droit d'apport** de 3 % (2,50 plus le double décime) depuis la loi du 13 juillet 1925, article 40. Toutefois, le droit reste maintenu au tarif antérieur de 1,20 % pour les actes de fusion de

sociétés déjà existantes, c'est-à-dire constituées à une date antérieure à la loi du 13 juillet 1925, pourvu que la durée de la société provenant de cette fusion ne dépasse pas le nombre d'années durant lesquelles devait encore exister celle des deux sociétés fusionnées dont le terme était le moins éloigné. L'absorption d'une société par une autre n'étant qu'une forme de la fusion, le tarif de 1,20 % sera applicable toutes les fois que ces conditions seront remplies.

Le droit est liquidé sur la valeur nette des apports quelle que soit leur nature : fonds de commerce, immeuble, matériel, créances, etc... Suivant le mode de fusion choisi par les sociétés, le montant des apports peut-être sensiblement différent. S'il y a constitution d'une société nouvelle, les apports sont constitués par l'ensemble des biens des sociétés fusionnantes. Il en résulte une charge parfois très lourde qui rend très peu fréquent ce mode de fusion. Au contraire, la fusion par annexion laisse subsister la société absorbante. L'augmentation de capital de cette dernière est formée de l'apport des biens de la société absorbée et c'est uniquement sur ce montant qu'est perçu le droit.

Quand la société absorbante est déjà propriétaire d'un certain nombre d'actions de la société absorbée, « aucun droit n'est exigible sur la portion de valeur du « fonds social de la société absorbée qui se trouvait re- « présentée par les actions de cette société dont la société absorbante était précédemment propriétaire » (1).

Cette réponse ministérielle en date du 3 mai 1929

(1) Rep. minist. à M. André Marie, député, J. O., 3 mai 1929, p. 1618.

doit être entièrement approuvée. Antérieurement à la fusion, la société absorbante avait, dans l'hypothèse ci-dessus un droit éventuel à l'actif social de la société absorbée. Du fait de la fusion, la société étant dissoute, le droit est devenu actuel et l'apport n'a pu évidemment comprendre la portion de biens qui appartenait déjà à la société absorbante, à la minute de raison où il était réalisé.

Le droit d'apport est un droit d'acte. Quoique l'apport ait pour effet de transférer à la société, personne morale, la propriété des biens qui en font l'objet, le Fisc ne perçoit pas le droit de mutation sur cette opération.

L'exigibilité du droit de mutation est subordonnée à l'attribution du bien à un autre associé que l'apporteur, lors de la liquidation de la société. La Régie considère que la mise en société constitue une aliénation sous condition suspensive. Si la condition se réalise, en vertu de son effet rétroactif, le droit de mutation sera dû sur la valeur du bien et suivant le tarif en vigueur au jour de l'apport.

b) *Le droit de mutation.*

Il n'y a pas apport, au sens juridique du mot, quand la mise en société est rémunérée par des espèces ou des valeurs à échéance éloignée soustraites aux risques sociaux (obligations). Dans le premier cas, nous avons vu que l'analyse juridique de l'opération laissait apercevoir une vente au comptant, dans le second cas, une vente à terme. Il est donc tout à fait logique que le **droit de mutation** soit perçu.

D'autre part, lorsque l'apport est grevé d'un passif,

la Régie considère qu'il y a aliénation à titre onéreux dans la mesure de ce passif. L'apport ne peut être pur et simple que si les biens mis en société sont francs et libres de toute dette.

Pour échapper à la perception du droit de mutation fort lourd lorsque la société absorbée comprend un important actif immobilier compensé par un passif onéreux, les traités de fusion ont imaginé la combinaison suivante. On met en liquidation la société absorbée et en constitue la société absorbante liquidateur avec mandat de réaliser l'actif, d'éteindre le passif pour le compte de la première. Cette stipulation a quelquefois été considérée comme entachée de fraude par l'Enregistrement et cette administration a fait juger que le contrat de fusion intervenu dans ces conditions renfermait une cession caractérisée et donnait ouverture au droit de mutation (1). C'est là une application de ce principe de droit fiscal qui confère à l'Administration la faculté, sans s'arrêter aux déclarations des parties, de déterminer « la nature réelle... des actes et des contrats qui donnent ouverture à des perceptions » (2).

Le taux du droit de mutation à titre onéreux varie suivant la nature de la mutation et le bien qui en fait l'objet. En matière de fusion, il sera de :

12 % pour les immeubles par nature et par destination (3).

8 % pour les fonds de commerce (mobilier et matériel compris) (4).

(1) Trib. de Bar-le-Duc, 22 février 1899. R. E. 2031. J. E. 25.698.
(2) Cour de Cassation, arrêt du 6 juillet 1871.
(3) Loi du 31 juillet 1929, art. 2.
(4) Loi du 31 juillet 1929, art. 1.

2 % pour les marchandises neuves dépendant d'un fonds de commerce (1).

1,50 % pour les dépôts en compte courant et pour les créances (2).

0,30 % pour les valeurs de bourses si elles sont nominatives (3).

Les valeurs au porteur et les espèces liquides sont exemptes de tout droit.

Le cas échéant, il y a lieu d'ajouter au droit de mutation :

a) la taxe complémentaire et exceptionnelle de 3 % à la première mutation, sur les immeubles et les fonds de commerce ;

b) les surtaxes établies par la loi du 13 juillet 1925 sur les immeubles et les fonds de commerce dont le prix excède 300.000 francs. Le taux de ces surtaxes est de :

1,20 % sur la fraction du prix qui excède 300.000 frs
2,40 % » » 500.000 frs

Il est tout à fait exceptionnel qu'un apport à titre onéreux englobe des biens de même nature et qu'un tarif unique lui soit appliqué, au cas de fusion. Cette opération, pour la société absorbée consiste en un apport d'actif et l'actif d'une société comprend tous les éléments nécessaires à son activité industrielle ou commerciale (fonds de commerce, immeubles, matériel, créances, espèces).

(1) Loi de finances du 30 décembre 1928 ,art. 27.
(2) Lois codifiées art. 271 ,paragraphe 11 VI.
(3) Loi du 26 avril 1930, article 5.

Si l'apport est composé de biens dont la mutation est soumise à des tarifs différents, on applique à chaque espèce de biens le taux qui lui est propre : 8 % sur le fonds de commerce et le matériel, 1,50 % sur les créances, etc.

Toutefois, lorsqu'il est fait un apport simultané de biens meubles et immeubles, le droit de vente immobilier est dû sur la totalité en vertu de l'article 9 de la loi du 22 frimaire an VII, si les parties n'ont pas pris le soin de procéder à une désignation et à une estimation spéciale des diverses catégories de biens formant l'apport.

Quand la mise en société porte sur un fonds de commerce, le matériel et l'outillage sont considérés comme des accessoires de l'achalandage. Ces divers éléments forment ensemble une universalité fiscale qui est assujettie au droit de mutation de 8 %.

Lorsque l'apport est à titre onéreux pour partie seulement, le droit, dans le silence du traité de fusion, doit être réparti sur tous les biens constituant l'apport, proportionnellement à leur valeur. Supposons, par exemple, un apport réalisé par une société de tout son actif. Celui-ci est composé d'immeuble évalués 1 million, d'un fonds de commerce et d'un matériel estimés 800.000 francs et de 200.000 francs de créances. L'apport est effectué moyennant l'attribution d'actions et de 1 million en espèces. Jusqu'à concurrence de cette somme, l'apport sera considéré comme réalisé à titre onéreux et le droit sera perçu de la manière suivante :

Immeubles 12 % et 3 % de taxe à la première mutation sur	500.000	75.000
Fonds de commerce et matériel 8 % sur	400.000	32.000
Créances 1,50 % sur	100.000	1.500
Total		108.500

Mais, dans le traité de fusion, les parties ont le droit de déclarer quels sont les biens qui constituent l'apport pur et simple et ceux qui forment l'apport à titre onéreux. Obligatoirement, le Fisc doit percevoir les droits en tenant compte de la volonté exprimée par les parties. Il va sans dire que celles-ci classeront dans l'apport vente passible du droit de mutation à titre onéreux les biens dont la cession est passible du droit de mutation le moins élevé.

c) *le droit de transcription, la taxe hypothécaire et le salaire du conservateur.*

Lorsque l'apport réalisé par la société fusionnante ou absorbée contient des immeubles, le contrat de fusion est soumis à la formalité de la **transcription** au bureau du conservateur des hypothèques et acquitte le droit de 2,40 %. Il faut joindre à ce droit la **taxe hypothécaire** de 0,48 % et le **salaire du conservateur** qui varie suivant le barème ci-dessous :

0,20 % jusqu'à 50.000 francs.
0,10 % de 50.000 à 100.000 francs.
0,05 % de 100.000 à 500.000 francs.
0,02 de 500.000 à 1 million de francs.
0,01 % au-dessus de 1 million de francs.

L'apport constituant un transfert de propriété à la société nouvelle ou annexante, c'est à juste titre, selon nous, que le droit de transcription est exigible. Dans le rapport des sociétés intéressées à la fusion, le transfert de propriété s'opère « solo consensu ». Vis-à-vis des tiers, la formalité de la transcription est indispensable pour rendre le droit de propriété opposable « erga omnes ».

Néanmoins, par un arrêt en date du 20 mars 1891 (1), la Cour de Paris avait décidé que la transcription n'était pas nécessaire, la fusion n'ayant pas pour effet de transférer la propriété des biens d'une société à une autre. Cette manière de voir était insoutenable. Elle n'a d'ailleurs pas été suivie par la jurisprudence (2).

d) *le droit de timbre des titres négociables.*

Les droits des associés dans les sociétés de capitaux sont constatés par des actions. Ces dernières lorsqu'elles sont matérialisées par un titre sont soumises au **droit de timbre des titres négociables**. L'article 3 des lois codifées dispose que « le titre ou certificat de l'action délivré par suite de transfert ou de renouvellement est timbré à l'extraordinaire ou visé pour timbre gratis, si le titre ou certificat primitif a été timbré (loi du 5 juin 1850 art. 17).

L'étude de cette disposition légale nous conduit aux observations suivantes :

1°) les parts d'intérêts ne sont pas soumises à la formalité du timbre. Donc, lorsque la société nouvelle ou absorbante sera une société de personnes ou à responsabili-

(1) J. S. 1892. 78.
(2) Voir notamment Alger, 15 mai 1920. R. E. 7.168.

té limitée, les titres délivrés en rémunération d'apport seront uniquement assujettis au droit de timbre de dimension.

2°) la société qui a émis les titres primitifs doit être maintenue. Il ne peut y avoir transfert ou renouvellement que si l'être moral sur lequel le titre confère des droits conserve son existence.

Par voie de conséquence il a été décidé que si une société substituée à une autre par suite de fusion prend à sa charge les obligations de cette dernière et les remplace par des obligations émises par elle-même, cet échange équivaut à une émission nouvelle et rend exigible un nouveau droit de timbre (1).

3°) Le transfert est le mode de transmission des titres nominatifs. Le renouvellement suppose la remise d'un nouveau titre contre l'ancien. C'est, a dit le rapporteur de la loi, « la représentation du titre ancien... la délivrance d'un nouveau portant le même numéro que l'ancien » (2). Il en résulte la nécessité :

a) d'une identité de nature entre les deux titres. Lorsque la société absorbante remplace les actions de la société apporteuse par des obligations, le droit de timbre est dû sur celles-ci (3).

b) d'une identité de valeur. Le mot « remplacement » suppose un échange et l'échange suppose deux objets de valeur semblable. Néanmoins, l'Administration a décidé, en octobre 1862, qu'il y avait simple renouvellement lorsque, en raison de la dépréciation, les anciens

(1) D. M. F. avril 1853.
(2) Rapport du 30 janvier 1850. S. 1850, p. 37.
(3) D. M. F. 30 janvier 1854.

titres avaient été échangés contre de nouvelles actions, dans la proportion de 4 à 5.

En raison des observations précédentes, les titres remis aux apporteurs en matière de fusion devront être obligatoirement timbrés quelle que soit la forme de l'opération. En effet :

— au cas de fusion proprement dite, les sociétés fusionnantes disparaissent pour faire place à une société nouvelle. Les droits des associés de la société ancienne sont transférés dans une société nouvelle. Il n'y a pas renouvellement d'un titre mais il y a remise d'un titre entièrement nouveau.

— au cas de fusion par annexion, la situation est identique pour les associés de la société absorbée. A eux aussi, il leur est attribué un titre nouveau.

Le droit de timbre est calculé sur la valeur nominale du titre. Il est perçu au comptant ou par abonnement au choix de la société.

Si le droit est acquitté au comptant, chaque titre ou certificat d'action est soumis au timbre proportionnel de 0,50 % pour les sociétés dont la durée n'excède pas dix ans et 1 % pour celles dont la durée dépasse dix ans (1).

Les collectivités françaises peuvent s'affranchir du paiement au comptant en contractant avec l'Etat un abonnement pour toute la durée de la société en ce qui concerne les actions. Le taux annuel du droit de timbre par abonnement est actuellement de 0,05 % (1).

(1) Loi du 26 avril 1930, art. 3.

2°) Les Sociétés Fusionnantes ou Absorbées

a) *l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux.*

L'article 12 de la loi du 30 juin 1923 prévoit l'établissement immédiat de **l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux** au cas de cession ou de cessation d'entreprise. La fusion provoquant obligatoirement la dissolution des sociétés fusionnantes ou absorbées, allons-nous nous trouver dans une de ces deux hypothèses ?

A notre avis, on ne peut considérer qu'au cas de fusion il y a cessation d'entreprise. Sans doute les sociétés fusionnantes ou absorbées ne peuvent plus poursuivre leur objet social mais la recherche de cet objet est assumée désormais par la société nouvelle ou absorbante. C'est au cours de son existence que la société apporteuse a réalisé la transmission de son entreprise à la société bénéficiaire. Dans la terminologie juridique courante, il n'y a pas de cession à proprement parler, la cession désignant toute aliénation à titre onéreux effectuée contre des espèces mais, en notre matière, les auteurs sont d'accord pour donner à ce terme son sens le plus étendu : toute transmission à titre onéreux ou gratuit.

Pour l'établissement de l'imposition, les sociétés qui y sont assujetties sont tenues de faire parvenir spontanément au Contrôleur des contributions directes le résumé de leur compte Profits et Pertes affèrent à la période imposable. L'envoi au Contrôleur doit être assuré dans un délai de dix jours à compter de la date où la cession aura été publiée conformément aux prescriptions de la loi du 17 mars 1909, modifiée en 1913.

Si les sociétés ne produisent pas les renseignements nécessaires à l'établissement de l'imposition ou s'abstiennent de fournir les justifications utiles, réclamées par le Contrôleur, dans un délai de dix jours, les bases de leur taxation seront déterminées d'office et leur cotisation majorée de moitié.

La société nouvelle ou absorbante est responsable solidairement avec les sociétés fusionnantes ou absorbées du paiement de l'impôt pendant trois mois à compter de la remise des renseignements nécessaires pour la confection de la cédule.

Depuis la décision ministérielle du 15 septembre 1925, il n'est plus fait état pour l'établissement de l'impôt que du gain réalisé sur le stock marchandises. Sont exonérées les plus-values résultant de la cession des éléments incorporels du fond, les immeubles et le matériel (1).

Quoique l'impôt soit toujours une dette sociale, la taxation est établie, en raison des bénéfices qui leur reviennent, au nom de chacun des associés dans une société en nom collectif et au nom des commandités dans les sociétés en commandite. Cette manière de faire de l'Administration est la conséquence de la confusion qui existe entre le patrimoine de la société et le patrimoine personnel des associés dont il vient d'être question, ces derniers étant responsables indéfiniment des engagements sociaux.

(1) Revue des Impôts 1925, art. 1651. Maguero et Tassain, n° 58. Allix et Lecercle, p. 383 et s. Rep. de M. le Ministre des Finances à MM. Bender et Couteaux, députés (Rev. des Impôts 1926, art. 1.824 VI et 1927 art. 1.982. Voir plus récemment rep. de M. le Ministre des Finances à M. Edmond Boyer, député, J. O. du 23 mai 1930, p. 2.339, n° 7.869.

b) *le droit de dissolution.*

Outre l'impôt sur les bénéfices qui est immédiatement exigible, les sociétés fusionnantes ou absorbées peuvent avoir à acquitter **le droit fixe de dissolution** (1) qui est de 56,20. Ce droit est un droit d'acte et non un droit de mutation. Il ne peut être perçu que s'il existe un écrit ayant pour effet de constater la dissolution. Par voie de conséquence, le droit n'est pas dû lorsque la dissolution résulte implicitement de la fusion avec une société préexistante ou de la constitution d'une société nouvelle. La dissolution est contenue dans la fusion ; elle en est la conséquence nécessaire.

Il n'en serait plus de même si les associés avaient pris une délibération aux termes de laquelle la dissolution aurait été prononcée. Dès la constatation de cette résolution par un écrit, le droit serait exigible.

3°) Les Associés des Sociétés Fusionnantes ou Absorbées

a) *le droit de partage.*

La dissolution des sociétés fusionnantes ou absorbées met les ex-associés en état d'indivision. Pour sortir d'indivision, il y aura lieu de procéder à un partage. Le partage portera sur l'actif net de la société disparue qui se compose uniquement des actions ou des parts sociales de la société nouvelle ou absorbante. En vertu de l'article 271, paragraphe 5 des lois codifiées « le partage de biens meubles et immeubles, entre copropriétaires, cohéritiers

(1) Lois codifiées art. 270, par. 8, 5°.

et coassociés, à quelque titre que ce soit » est soumis au droit proportionnel de 0,60 % (lois des 22 frimaire an VII, art. 68 par. 3 n° 2 ; 28 février 1872 art. 1 n 5 ; 29 juin 1918 art. 15 et 22 mars 1924 art. 3).

Antérieurement au partage, les effets de l'indivision sont limités aux opérations qui n'entrent pas dans la catégorie des opérations de liquidation. La répartition de l'actif entre les mains des ex-associés a pour effet de liquider leurs droits dans la société dissoute. C'est donc de la société disparue considérée comme se survivant qu'ils vont tenir leur attribution (1) et cette notion va permettre au Fisc de percevoir, dans certains cas, l'impôt cédulaire sur le revenu et l'impôt général.

b) *l'impôt cédulaire sur le revenu.*

Il n'y a aucun double emploi à exiger à la fois le droit de partage et **l'impôt cédulaire sur le revenu.** Ces deux taxations diffèrent, en effet :

a) par leur nature. — L'une est un droit d'enregistrement ; l'autre un impôt indirect ;
b) par leur objet. — La première frappe une opération déterminée qui consiste à faire naître un droit de propriété individuel. La seconde atteint la distribution d'un revenu et quelquefois d'un capital.

Le mot « distribution » que nous venons d'employer est très important en matière d'impôt cédulaire sur le revenu. C'est elle qui le rend exigible. Quand, dans la doctrine administrative, les sociétés ne jouissent pas

(1) Cass., 13 mars 1895.

d'une personnalité juridique propre, les plus-values font partie, dès leur réalisation, du patrimoine des associés. L'impôt cédulaire de 16 % qui frappe toute transmission de bénéfices d'un patrimoine social dans un patrimoine individuel ne peut recevoir son application. Il en est ainsi dans les sociétés en nom collectif pour tous les associés et dans les sociétés en commandite pour les commandités. Quand des sociétés de ce genre participent à une fusion en tant que sociétés fusionnantes ou absorbées, les actions ou parts attribuées à la société apporteuse entrent immédiatement dans le patrimoine des associés, au prorata de leurs droits sociaux (1).

Si les sociétés ont, en droit fiscal, une existence distincte de celle des associés, l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières sera exigible, au cas de fusion, sous deux conditions :

a) qu'il y ait distribution de la personne morale aux associés d'actions ou de parts de la société nouvelle ou absorbante ;

b) que cette répartition constitue pour les associés un bénéfice, c'est-à-dire un excédent sur la valeur nominale des apports originaires dans la société dissoute.

Comment déterminer la valeur des parts ou des actions nouvelles ? Pratiquement les parties et l'Administration se rapportent ordinairement à la valeur boursière mais c'est là un critérium extrêmement peu sûr. Comme l'a fait remarquer le tribunal de Lyon (2), en bourse

(1) Voir rep. minist. à M. Couteaux supra.
(2) 17 novembre 1891 (R. P. 7.838).

« la hausse et la baisse des valeurs dépendent d'une « foule de circonstances qu'il est toujours difficile et « souvent impossible à déterminer ».

Quand les titres ne sont pas cotés ou lorsque les cours semblent aux parties hors de proportion avec la valeur réelle du titre, il y a lieu à déclaration estimative. Le déclarant devra indiquer la valeur intrinsèque et pour la déterminer il devra tenir compte de tous les éléments de fait susceptibles de la fournir. Et tout d'abord, il y a lieu de mentionner la valeur nominale du titre. Bien souvent, en effet, des actions sont distribuées en proportion exacte du montant des apports réalisés. Il en est ainsi, surtout au cas de fusion proprement dite, lorsque les sociétés disparaissent pour en former une nouvelle.

Il arrive qu'une société jouissant d'une situation commerciale particulièrement brillante commence la réalisation d'une politique d'absorptions. Si l'analyse des postes du bilan fait resortir la valeur réelle de l'action au double de la valeur nominale, il est évident que les apports des sociétés absorbées ne seront pas rémunérés par des actions en quantité correspondante. Une telle combinaison aurait pour effet de faire partager par les apporteurs la plus-value qui, au moment de la fusion, appartenait en propre aux actionnaires de la société absorbante. La stipulation d'une prime d'émission qui est de règle dans cette hypothèse, n'empêchera pas les associés de la société disparue, propriétaires définitifs des actions d'être imposés sur la valeur réelle du titre, c'est-à-dire sur valeur nominale plus la prime d'émission.

c) *l'impôt général sur le revenu.*

L'impôt cédulaire sur le revenu frappe les individus et les collectivités. Il n'en est pas de même de **l'impôt général** auquel ne sont jamais soumises les sociétés. Cette exemption n'est guère intéressante pour les sociétés en nom collectif qui ne sont jamais imposées personnellement. Il en est de même pour les commandites au moins en ce qui concerne la fraction du bénéfice revenant aux commandités.

L'impôt général atteint « le montant total du revenu net annuel dont dispose le contribuable ». La détermination du revenu taxable au cas de fusion sera faite d'une façon différente pour les associés en nom et commandités d'une part, pour les commanditaires, participants et actionnaires d'autre part. Les associés du premier groupe ne sont assujettis à l'impôt général que dans la même mesure où ils ont acquitté l'impôt sur les bénéfices. L'absence de plus-value sur le stock marchandises les exonère du paiement de l'impôt global.

Pour les commanditaires, participants ou actionnaires, la répartition du boni de liquidation présente le caractère d'une distribution de bénéfices et chaque attributaire « est, en principe, passible de l'impôt général pour la part de ce boni compris dans le prix de remboursement de ses titres. Toutefois, l'Administration admet que le boni de liquidation n'est imposable qu'à concurrence de l'excédent du prix de remboursement sur le prix d'acquisition des actions lorsque ce prix est supérieur à la valeur nominale » (Rép. min. à M. Jean Montigny, député. J. O. du 31 août 1928).

L'Administration fiscale a toujours considéré que le boni de liquidation constituait un revenu. Depuis l'arrêt du 13 mars 1895, la jurisprudence est nettement dans ce sens, à notre avis, avec raison, pour les motifs indiqués plus haut (1). Néanmoins dans un arrêté du Conseil de Préfecture de la Haute-Vienne en date du 21 avril 1926, l'opinion contraire a été soutenue. Le tribunal administratif a dénié le caractère de revenu aux valeurs distribuées en excédent à l'occasion d'une fusion en s'appuyant sur les motifs suivants : « les sommes et valeurs « reçues par les actionnaires sous forme de boni de liqui- « dation, lors de la répartition de l'actif d'une société « ayant cessé d'exister représentent une partie dudit « actif social ; elles doivent par suite être considérées « comme des bénéfices en capital ne pouvant en aucune « façon être soumis à l'impôt général ».

Pour être taxable le revenu doit être disponible. Il est certainement disponible lorsque les commanditaires, participants ou actionnaires le reçoivent sous forme de valeurs mobilières qu'ils pourront librement aliéner.

Qu'arriverait-il si les titres répartis étaient stipulés incessibles ? Remarquons tout d'abord que l'intransmissibilité absolue ne peut exister en matière de fusion. Cette dernière étant un contrat synallagmatique, les titres sont attribués aux sociétés fusionnantes ou absorbées qui les distribuent à leurs associés.

Mais cette opération réalisée, les associés, attributaires définitifs, peuvent se voir empêchés d'en transférer

(1) En ce sens également C. Rosier « Le régime Fiscal de la Fusion », *Revue des Contributions*, octobre 1927.

la propriété du fait des stipulations du contrat de fusion. Dans ce cas le Conseil d'Etat décide que le revenu n'est pas taxable parce qu'indisponible (1). L'impôt ne sera dû que lorsque les titres seront susceptibles d'être cédés librement, sur leur valeur et suivant le tarif en vigueur à cette époque.

Cette dernière opinion a d'ailleurs été contestée par M. Trotabas (2). D'après le savant professeur, l'indisponibilité d'une année pourra empêcher désormais toute taxation à l'impôt général. Même si, au cours d'une année postérieure, le revenu devient disponible, il ne pourrait plus se trouver frappé, la loi n'atteignant que le revenu réalisé au cours de l'année précédant celle ou la déclaration a été souscrite. En d'autres termes, deux conditions se trouvent nécessaires à l'exigibilité de l'impôt et ces conditions doivent se trouver réunies au cours de la même année. Il faut :

1°) la réalisation d'un revenu au cours de l'année précédente ;

2°) la disponibilité dudit revenu pendant la même année.

Le Fisc n'admet pas les déductions de M. Trotabas. La réponse de M. le Ministre des Finances à M. le Sénateur Haudos (3) le montre clairement. D'autre part l'Administration refuse d'étendre la jurisprudence du Conseil d'Etat aux associés autres que les actionnaires. Voici le texte de la réponse faite par M. le Ministre des Finances à M. Félix Gouin, député (4) :

(1) Conseil d'Etat 15 février 1923, D. P. 23.3.9.
(2) Note sous arrêt du Conseil d'Etat précité.
(3) J. O. du 6 novembre 1928, p. 1.234 Sénat.
(4) J. O. 2e Séance du 23 décembre 1927, Chambre des Députés.

« Ainsi que l'a jugé le Conseil d'Etat, les sommes « prélevées sur les réserves d'une société anonyme et ré- « parties entre les actionnaires sous forme d'actions « nouvelles sans que les attributaires aient la faculté, « soit de percevoir en numéraire la part de réserves leur « revenant, soit de céder librement leurs nouveaux titres « ne doivent pas entrer en ligne de compte pour l'éta- « blissement de l'impôt général dû par les actionnaires. « Mais les décisions rendues jusqu'à présent dans cet « ordre d'idées s'appliquent toutes au cas de sociétés « par actions et l'on ne peut considérer la jurisprudence « qui en découle comme devant nécessairement s'éten- « dre aux sociétés à responsabilité limitée dont le fonc- « tionnement est régi par des dispositions particulières. « On estime donc que les sommes distribuées aux mem- « bres de ces sociétés sous la forme de parts sociales doi- « vent, comme celles qui sont réparties en numéraire, « être comprises dans les bases de l'impôt général dû « par les bénéficiaires. »

Cette réponse ministérielle nous semble tout à fait critiquable. Elle suppose, en effet, que la jurisprudence du Conseil d'Etat est basée sur la solution d'une question préalable relative à la nature de la société sur laquelle des droits sont créés alors qu'au contraire elle tient compte d'un certain caractère que revêtent les bénéfices distribués, quelle que soit la nature de la société qui les répartit.

CHAPITRE II

LE RÉGIME EXCEPTIONNEL ET TEMPORAIRE DE LA LOI DE 1928

A l'effet de favoriser la rationalisation et la concentration des grandes entreprises, le législateur français a suivi l'exemple de l'étranger et en particulier de la Belgique. Un régime fiscal de faveur a été créé dont l'origine remonte à une proposition de M. Champetier de Ribes, déposée à la Commission des Finances de la Chambre, lors de la discussion du dernier cahier collectif de crédits pour 1927. Cette proposition, après avoir subi quelques modifications, est devenue l'article 25 de la loi du 19 mars 1928.

Le nouveau texte est un texte purement fiscal. Suivant la nature des droits, il fait bénéficier la fusion d'un statut d'exception qui comporte une dispense complète, une réduction ou un sursis.

Le régime de la loi de 1928 est essentiellement transitoire. Il est destiné à permettre des modifications jugées indispensables pour conserver aux entreprises importantes qui représentent notre pays sur le marché

international toute leur influence et assurer le développement progressif de leur puissance.

a) CONDITIONS D'APPLICATION DU NOUVEAU RÉGIME

L'article 25 étant une disposition exceptionnelle, exorbitante du droit commun, les conditions suivantes sont requises pour son application :

1°) La fusion peut s'opérer soit par création d'une société nouvelle, soit par absorption, mais en raison des termes de la loi il faut que la disparition des sociétés fusionnantes ou absorbées soit la conséquence directe de l'apport de leur actif à la société absorbante ou nouvelle. Si, la société étant dissoute, l'apport était effectué par les anciens associés, propriétaires indivis du fonds social, le régime de faveur ne pourrait s'appliquer.

2°) L'existence des sociétés fusionnantes, absorbées ou absorbantes doit remonter à une date antérieure au 20 mars 1928, jour auquel la loi a été publiée au Journal Officiel.

3°) Les société fusionnantes, absorbées ou absorbantes devaient être par actions au 20 mars 1928. Elles doivent également avoir ce caractère au moment de la fusion. Entretemps elles peuvent avoir changé de forme mais il est indispensable que le même être moral subsiste toujours. (Rep. min. à M. Henri Lorin, député, J. O. du 1er avril 1930).

4°) Les sociétés doivent être de nationalité française c'est-à-dire avair leur siège social en France. Sont assimilées aux sociétés françaises les sociétés constituées sous le régime de la loi française soit aux colonies, soit dans les pays de protectorat.

5°) Enfin, l'acte constatant la fusion ou l'absorption définitive doit être enregistré dans les trois ans de la publication de la loi au Journal Officiel, c'est-à-dire le 20 mars 1931 au plus tard (1). L'enregistrement portera sur les statuts et le procès-verbal de la seconde assemblée général constitutive. Il sera accompagné du versement des droits exigibles.

B) EFFETS DU NOUVEAU RÉGIME

Les effets de la nouvelle législation sont les suivants:

1°) *Dispense de droits :*

a) droits de transcription. — Aucun droit de transcription n'est exigible sur les apports immobiliers et la transcription peut être effectuée à la conservation des hypothèques sans perception de la taxe hypotécaire, c'est-à-dire sans autre frais que le salaire du conservateur (2).

b) droits de mutation. — La prise en charge par la société absorbante ou par la société nouvelle de tout ou partie du passif des sociétés anciennes ne donne ouverture qu'à un droit fixe de 22,50, indépendamment s'il y a lieu de la taxe à la première mutation, mais cette dispense ne profite pas aux apports à titre onéreux qui sont faits sous une autre forme, par exemple moyennant l'at-

(1) Le 4 novembre 1930, une proposition de loi a été déposée sur le bureau de la Chambre par MM. Deligne, Fougère et Gignoux à l'effet de proroger au 20 mars 1934 le délai d'application de l'article 25 de la loi du 19 mars 1928.

(2) I. G. E. n° 3.989 du 27 mars 1928.

tribution de numéraire, d'obligations. Ces apports restent passibles du droit de mutation (1).

2°) *Réduction de Droits :*

Droit d'apport. — Son taux est réduit de moitié.

Il sera, suivant les cas, de 0,50 % ou de 1,25 % en principal, de 0,60 % et de 1,50 % avec les décimes. Le taux de 1,50 % est appliqué lorsque normalement le taux de 3 % serait exigible ; le taux de 0,60 lorsque les sociétés peuvent se prévaloir des dispositions de la loi du 13 juillet 1925 art. 40, que nous avons fait connaître plus haut.

3° *Sursis de Droits :*

a) Impôt cédulaire sur le revenu. — L'impôt sur le revenu frappant les plus-values résultant de la remise d'actions, de parts de fondateur ou d'obligations est reporté à la dissolution de la société nouvelle ou absorbante, quant à sa perception. Il résulte, a contrario, de cette disposition légale que le montant de l'imposition doit être calculé suivant le tarif et sur le montant de la plus-value, lors de la date d'attribution (2).

b) Impôt général sur le revenu. — L'impôt général sur le revenu profite du même sursis. L'exigibilité de cet impôt est d'ailleurs, nous l'avons vu, fonction de certaines conditions particulières.

En vertu du dernier alinéa de l'article 25, l'Administration de l'Enregistrement doit porter dans le délai

(1) Inst. G. Enr. n° 3,989.

(2) En sens contraire, article de M. Louis Meunier, conseiller référendaire à la Cour des Comptes, publié dans le Moniteur de l'Exportation et reproduit dans l'Information du 20 septembre 1928.

d'un mois toutes les fusions qui bénéficient de la nouvelle réglementation à la connaissance des ministres du Commerce et de la Justice, pourvu, toutefois, que le capital de la société nouvelle ou absorbante excède dix millions. La publication trimestrielle des fusions réalisées est assurée par ces ministres au Journal Officiel. C'est là une mesure de statistique et de publicité qui permettra, le cas échéant, la découverte et la répression des tentatives d'accaparement.

c) étendue de la réforme

Pour montrer la véritable portée de la réforme fiscale, nous allons procéder au moyen d'exemples. Supposons une fusion par absorption, l'apport de la société absorbée consistant en :

des immeubles évalués au bilan	....	5.000.000
du matériel évalué »	....	3.000.000
du stock »	....	4.000.000
des créances évaluées »	....	2.000.000
des disponibilités »	....	4.000.000

La plus-value sur les immeubles est de 2 millions. Elle atteint 1 million sur le stock. Le capital de la société est de 11 millions. Les dettes de 7 millions. L'apport réel (14 millions) est rémunéré entièrement par des actions de la société anonyme absorbante.

1re **Hypothèse.** — La Société absorbée est en nom collectif. — Les impôts et taxes à payer seront les suivants :

a) *à la charge de la société absorbante :*

A) Droit de mutation en raison du passif que la société absorbante prend à sa charge et que les parties font porter sur les éléments dont le droit est moins élevé.

Disponibilités .	4.000.000 × 0,	
Créances.....	2.000.000 × 1,50 %	50.000
Stock	1.000.000 × 2 %	

B) Droit d'apport dû sur la valeur des éléments apportés contre des actions.

Immeubles	7.000.000	
Matériel	3.000.000 × 3 %	420.000
Stock	4.000.000	

C) Droit de transcription et taxe hypothécaire sur la valeur des éléments immobiliers de l'apport.

Droit de transcription	7.000.000 × 2,40 %)	
Taxe hypothécaire ..	7.000.000 × 0,48 %)	202.650
Salaire du conservat.	7.000.000 × 0,01 %)	

D) Droit de timbre au comptant calculé sur la valeur des titres remis, la société absorbante ayant une durée d'existence de moins de 10 ans.

Titres	14.000.000 × 0,50 %	70.000

b) *à la charge de la société absorbée,* mais payé par ses associés, au prorata de leurs droits dans les bénéfices, l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux: 1.000.000 × 15 % 150.000

c) *à la charge des associés de la société absorbée :*

A) Il n'y a pas perception du droit de partage. En raison de la confusion qui existe entre le patrimoine des associés et celui de la société, les titres remis à cette dernière doivent être considérés comme entrés immédiatement, dès le moment de leur attribution dans le patrimoine des premiers.

B) Impôt général sur le revenu dû sur la part de chaque associé dans les 150.000 frs (bénéfice réalisé sur le stock) mémoire

892.650

2e Hypothèse. — La société absorbée est une société anonyme et la fusion ne profite d'aucune disposition légale favorable.

a) *à la charge de la Société absorbante :*

Droit de mutation	50.000
Droit d'apport	420.000
Droit de transcription, etc.	202.650

b) *à la charge de la Société absorbée :*

Impôts sur les bénéfices industriels et commerciaux	150.000

c) *à la charge des associés de la Société absorbée :*

A) Droit de partage sur la valeur des titres 14.000.000 × 0,60 %	84.000

B) Impôt cédulaire sur le revenu sur le montant de la plus-value attribuée aux actionnaires 3.000.000 × 16 %	480.000
C) Impôt général	mémoire
	1.384.650

3e Hypothèse. — La Société absorbée est une Société anonyme et la fusion jouit de toutes les dispositions légales favorables.

a) *à la charge de la société absorbante :*		
Droit de mutation	taux fixe	22,50
Droit d'apport 14.000.000 × 0,60 %	—	84.000
Salaire du conserv. 7.000.000 × 0,01 %		1.050
b) *à la charge de la société absorbée :*		
Impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux		150.000
c) *à la charge des associés de la société absorbée :*		
Droit de partage		84.000
Impôt cédulaire sur le revenu Impôt général	Sursis	mémoire
		319.072,50

D) EXAMEN CRITIQUE DU SYSTÈME

Comme on le voit, le nouveau système fait réaliser de réelles économies aux entreprises qui peuvent en bénéficier. Est-ce à dire pour cela que la réglementation qui

s'en dégage doive être entièrement approuvée ? Nous ne le pensons pas.

1° Tout d'abord il nous semble que le législateur aurait pu étendre le régime de faveur aux sociétés de personnes et aux sociétés à responsabilité limitée qui tout comme les sociétés de capitaux contribuent au maintien de notre puissance commerciale. On a, de ce fait, reproché au système d'avoir été créé pour favoriser la fusion de certaines sociétés déterminées. Nous préférons croire que seul l'intérêt général a animé le gouvernement et le législateur. Il est particulièrement malheureux de constater que les sociétés de personnes ont été laissées en dehors du cadre d'application de la loi. En plus d'un intérêt économique, il y avait un intérêt moral a protéger ces collectivités où tous les associés ou certains d'entre eux sont responsables indéfiniment et solidairement.

2° L'exonération du droit de mutation au cas de prise en charge du passif par la société nouvelle ou absorbante est une disposition exorbitante du droit commun. Elle est contraire aux principes généraux qui régissent la matière et qui nous font considérer un procédé de ce genre comme une vente avec stipulation pour autrui. Malgré cela, il nous semble qu'au moins temporairement cette disposition doive être approuvée. Les sociétés absorbées se caractérisent bien souvent par l'étroitesse de leur trésorerie. Pour sortir de l'impasse où elles se trouvent, il leur faut des capitaux frais. Dans une période économique assez trouble, il sera très difficile à ces sociétés de se procurer des liquidités par l'émission d'actions nouvelles ou d'obligations. La seule ressource pour la société est alors de fusionner sinon la dissolution de-

viendra obligatoire. C'est ce qui explique le nombre actuellement considérable des fusions, indépendamment des facilités fiscales accordées par la loi de 1928.

3° Les dispositions qui visent l'impôt cédulaire sur revenu et l'impôt général sont nettement critiquables.

En premier lieu, il nous faut préciser qu'il s'agit d'un sursis au paiement de l'impôt, non d'un sursis à son établissement. L'impôt est liquidé sur les éléments et suivant le tarif en vigueur au jour de la fusion.

Le sursis au paiement prend fin à la dissolution de la société nouvelle ou absorbante. Celles-ci peuvent être constituées pour une période de temps relativement longue et même, s'il en était autrement, des prorogations successives intervenues avant leur date de dissolution pourraient augmenter leur durée d'existence.

En ce qui concerne l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières ,lors de son exigibilité, le Fisc devrait normalement en réclamer l'avance aux sociétés fusionnantes ou absorbées. Pourra-t-il le faire en pratique ? Nullement dans bien des cas puisque les sociétés fusionnantes ou absorbées seront disparues depuis la fusion, c'est-à dire depuis un espace de temps qui pourra être très long.

Si la prise en charge du passif de la société absorbée a été acceptée de la société absorbante, le Fisc pourra réclamer à cette dernière l'avance de l'impôt qu'elle aurait à récupérer sur les actionnaires de la société apporteuse. La recherche de ces actionnaires sera d'autant plus difficile que la fusion remontera à une période plus éloignée.

Le Fisc pourrait poursuivre également les actionnaires attributaires de la plus-value, directement. Il est

indéniable que cette poursuite personnelle est possible. les débiteurs définitifs de l'impôt sont les actionnaires, la société distributrice n'étant tenue que d'en faire l'avance.

Mais pour poursuivre les dits actionnaires, il faudra que l'Administration fasse la preuve de leur qualité d'associés. Des renseignements intéressants pourront être trouvés, à ce sujet, dans les déclarations de succession et dans les actes de partage qui ont suivi mais, dans les autres cas, nous ne voyons pas comment le Fisc arrivera à ses fins. Chaque fois que la possibilité lui sera donnée, le Fisc préférera poursuivre la société absorbante.

Il n'en sera pas de même pour l'impôt général qui est toujours perçu directement sur le débiteur. En admettant que le Fisc puisse prouver la qualité d'associé d'un individu au moment de la fusion, si cet individu est décédé, l'impôt, pourtant établi à son nom, sera perçu sur ses héritiers, légataires universels ou à titre universel, en proportion de leurs droits dans la succession. En l'absence d'une stipulation légale, la solidarité passive ne peut se présumer et la perception de l'impôt entraînera bien souvent plus de complications que de rapport net (1).

---

(1) M. Wahl « L'ajournement des impôts sur le Revenu en cas de fusion de sociétés », *Revue des Contributions et de l'Enregisrement*, février 1930, p. 27.

TROISIEME PARTIE

La Fusion à l'Etranger

CHAPITRE PREMIER

LA FUSION EN BELGIQUE

I. — Son Statut Juridique

La réglementation des fusions est, en Belgique comme en France, l'œuvre de la jurisprudence. La loi commerciale est muette sur ses conditions et sur ses effets. Seul un texte fiscal, en date du 23 juillet 1927 modifié en 1930, fait bénéficier les fusions de divers privilèges en matière d'impôts.

La Belgique connaît les deux modes de fusion : fusion proprement dite et fusion par annexion. Dans les sociétés de personnes, l'accord unanime des associés est nécessaire pour la décider. La loi belge ignore les sociétés à responsabilité limitée.

Dans les commandites par actions, l'adhésion des commandités aux résolutions de l'assemblée des actionnaires est indispensable. Cette réserve faite, les sociétés de capitaux se prononcent valablement sur la fusion à la majorité des trois quarts, la moitié au moins du capital social devant être représentée à l'assemblée générale.

Toutefois (contrairement à ce qui se passe en Fran-

ce) la fusion ne peut entraîner une modification de l'objet, considéré comme un élément essentiel du pacte social, sans le consentement de tous.

Certains auteurs (1) considèrent la fusion comme illégale lorsqu'elle oblige les actionnaires anciens à acheter une ou plusieurs actions anciennes pour acquérir une action dans la société nouvelle ou absorbante. Cette opinion nous semble contestable. Sans doute, les engagements des actionnaires ne peuvent être augmentés par un vote de l'assemblée mais c'est chose impossible dans l'hypothèse présente ; la société dans laquelle ils sont intéressés étant dissoute. S'ils veulent entrer dans une société nouvelle, il est tout naturel qu'ils se soumettent aux statuts de celle-ci et, si l'action nouvelle est d'un montant supérieur à l'action ancienne, qu'ils augmentent leur obligation dans la même proportion.

Lorsque les créanciers des sociétés fusionnantes ou absorbées sont désintéressés avant la réalisation de la fusion, aucune difficulté ne se rencontre. Mais que se passe-t-il dans le cas contraire.

On ne peut considérer alors l'apport effectué comme un apport de patrimoine. Un débiteur a toujours le droit d'aliéner ses biens quoique ceux-ci constituent le gage de ses créanciers. Quant à la cession de dettes, si cette opération n'est pas prévue dans le Code belge, il en résulte, le principe de la liberté des conventions devant s'appliquer, qu'elle est toujours possible avec l'accord du créancier.

(1) Notamment Resteau. — Les Sociétés anonymes devant les lois belges, t. II n° 1.270.

Suivant son sens d'orientation, l'activité du créancier pour se faire rembourser impliquera ou non cet accord. Il lui est loisible de considérer la société disparue comme survivante et de la poursuivre, mais, pour que la poursuite produise des effets pratiques, il devra reconstituer parfois le patrimoine de la société disparue. Pour atteindre ce but l'action paulienne est à sa disposition aux mêmes conditions qu'en droit français. Il en résulte qu'en Belgique, comme chez nous, les droits des créanciers sont peu protégés en notre matière. Nous verrons qu'il n'en est pas demême en Allemagne et surtout en Italie.

II. — **Son Statut Fiscal**

Le régime fiscal belge des fusions est relativement récent. Il résulte de la loi du 23 juillet 1927 (parue au Moniteur Belge du 30) « apportant des modifications aux lois sur les droits d'enregistrement et de transcription et sur les impôts sur les revenus en matière de fusion de sociétés ».

L'économie de la loi nouvelle est la suivante :

1°) La loi réduit des deux tiers les droits proportionnels d'enregistrement et de transcription exigibles d'après les lois en vigueur pour les actes portant fusion, de quelque manière qu'elle s'opère, de sociétés commerciales ou de sociétés civiles ayant emprunté ou non la forme des sociétés commerciales et ayant leur principal établissement en Belgique. La réduction des droits est subordonnée à une double condition :

a) que les sociétés entre lesquelles intervient la fusion aient été constituées par des actes enregistrés avant la mise en vigueur de la loi ;

b) que l'acte de fusion soit présenté à la formalité de l'enregistrement dans les trois ans à dater du jour de la mise en vigueur de la loi (1).

2°) D'autre part, elle décide que l'impôt sur le revenu ne sera pas appliqué aux sociétés par actions qui liquideront par fusion avant l'expiration de la période de trois ans qui suit le jour de la mise en vigueur de la loi (2).

La réglementation française ressemble singulièrement à la réglementation belge dans son principe. Toutes deux sont exceptionnelles et temporaires ; néanmoins entre les deux législations on peut relever des différences qui sont relatives :

a) *à l'étendue d'application de la loi.* — La loi belge concerne non seulement les sociétés par actions, mais toutes les sociétés civiles ou commerciales.

b) *à ses effets.* — En France la prise en charge du passif de la société apporteuse par la société nouvelle ou

(1) Cette double condition est modifiée de la manière suivante par la loi du 2 juillet 1930 (M. B. du 6 juillet) art. 16, paragraphe 3 :

a) l'acte de fusion ou d'apport doit être présenté à la formalité de l'enregistrement avant le 1er juillet 1932.

b) les sociétés entre lesquelles intervient l'acte de fusion ou d'apport doivent avoir été constituées par des actes enregistrés avant le 1er juin 1930.

(2) Avant le 1er juillet 1932. Modification apportée par la loi du 2 juillet 1930, art. 16 paragr. 4.

absorbante est frappée du droit fixe de 22,50. En Belgique, les droits de mutation normalement dus sont réduits de 2/3.

— Il en est de même des droits de transcription : dispense de ce droit et de la taxe hypothécaire en France, réduction des 2/3 sur le tarif de droit commun en Belgique.

— Enfin la loi belge ne prévoit pas un sursis au paiement de l'impôt général dû sur les plus values réparties entre les mains des associés des sociétés dissoutes. Elle a évité par là bien des complications pour l'avenir et les critiques que notre réglementation s'est attirée sur ce point. Quant à l'impôt sur le revenu, la loi ne parle pas d'un sursis hypothétique mais d'une exonération pure et simple.

CHAPITRE II

LA FUSION EN ALLEMAGNE

I. — Son Statut Juridique

Dès 1884 (1), avec une prescience étonnante de l'avenir, le législateur allemand a complété la réglementation commerciale par quatre articles (les articles 303 à 306) qui forment le statut légal de l'annexion des sociétés.

Seul, en effet, un mode de fusion est prévu : la fusion par absorption. La création d'un organisme nouveau, synthèse de sociétés anciennes, suit les règles du droit commun.

D'autre part, les sociétés absorbées doivent être des sociétés par actions, (commandites ou anonymes). Suivant la nature de l'être juridique qui se les assimile et suivant les conditions de l'assimilation, on appliquera l'un ou l'autre des articles mentionnés.

Nous nous proposons d'examiner, en quelques pages, la réglementation allemande. Nous suivrons l'ordre du

(1) Novelle du 18 juillet.

code sauf en ce qui concerne l'article 304 qui vise une situation tout à fait exceptionnelle et que nous réservons pour la fin.

ARTICLE 303

L'article 303 réglemente l'aliénation à titre onéreux par une société de tout son patrimoine, au profit :

soit d'un personne physique.

soit d'une personne morale même étrangère, pourvu qu'elle soit capable de contracter valablement..

La cession du patrimoine est définitive lorsque les parties intéressées se sont données un consentement réciproque. La volonté d'aliéner chez la société qui disparait doit correspondre à la volonté d'acquérir chez l'absorbant.

Pour les sociétés absorbées, le consentement doit être donnée par une majorité des 3/4 du capital représenté effectivement au moment de la délibération. La sanction de cette prescription est la nullité du contrat suivant la jurisprudence du tribunal d'Empire. Les statuts peuvent aggraver les conditions de majorité, non les amoindrir. Dans les commandites, l'adhésion des commandités aux décisions de l'assemblée générale est toujours nécessaire.

Si l'absorbant est une personne physique, son accord pourra s'induire même de circonstances de fait. Dans une société de personnes, le consentement unanime doit être requis. Généralement, dans une société anonyme, le Conseil d'Administration (Vorstand) pourra décider valablement de la question en raison de l'étendue des pouvoirs qui lui sont conférés. Toutefois, si une augmen-

tation de capital devait être effectuée, l'Assemblée Générale aurait à se prononcer à la majorité des 3/4 mais ici les statuts peuvent restreindre librement les exigences de la loi.

Le contrat s'analysant en une cession de patrimoine doit porter sur tout l'actif et sur tout le passif. La jurisprudence admet pourtant que l'on réserve quelques biens et quelques dettes pourvu que ces réserves soient destinées à maintenir la productivité de la société absorbée.

Une fois valablement consenti, le contrat produit les effets suivants :

1° *Il entraîne la dissolution de la société absorbée,* à moins que l'apport n'ait été décidé, après dissolution, au cours d'une liquidation, par les liquidateurs. L'approbation des actes des liquidateurs est une ratification. Elle doit être donnée dans les mêmes conditions qu'une autorisation.

2° *Quoique dissoute, la société continue à subsister en tant que « société de liquidation ».* — Avant de réaliser l'apport, les liquidateurs doivent observer les prescriptions légales établies pour sauvegarder les droits des créanciers de la société absorbée. Pendant un délai qui ne peut être inférieur à un an et qu'on appelle « *Sperrjahr* » (littéralement : année de barrage), la société gardera une activité sociale propre. Au cours du « Sperrjahr », les créanciers pourront faire valoir leurs droits sur tous ses éléments d'actif. D'autre part, l'absorbant ayant acquis un patrimoine sera responsable de l'acquittement du passif de la société absorbée, avec

celle-ci, vis à vis des créanciers sociaux antérieurs à la fusion.

Pendant le « Sperrjahr », les liquidateurs ont tous pouvoirs pour préparer, traiter et conclure les affaires sociales comme s'ils étaient eux mêmes le Conseil d'Administration, mais les affaires ainsi réalisées sont réputées faites pour le compte de l'acquéreur. Aussi a-t-il été prévu que, dans leur gestion, les liquidateurs auraient à se conformer aux directives de l'absorbant.

Malgré cela, la jurisprudence n'admet pas que les liquidateurs se déchargent de leurs attributions au profit du Conseil d'Administration de la société absorbante. Ils doivent être choisis en raison de l'égale confiance qu'on leur témoigne de part et d'autre.

3° *Le « Sperrjahr » écoulé, les liquidateurs font apport de l'actif et du passif.* — L'apport d'actif est réalisé de manière différente suivant la nature des biens apportés : cession des immeubles, endossement des traites, virement de comptes, transfert ou remise de titres. La transmission du passif s'effectue suivant la règle générale de l'acticle 419 du code civil.

A partir de ce moment, le nouvel acquéreur répond des dettes de la société dissoute jusqu'à concurrence de l'actif net apporté. Sur ce point, le léggislateur a porté une atteinte aux principes généraux qui régissent la matière. Le patrimoine acquis se confond avec le patrimoine propre de l'acquéreur et ce dernier devrait rester indéfiniment responsable sur tous ses biens. Dans l'intérêt de l'absorbant, la législation du Reich a prévu un délai de rigueur pendant lequel les créanciers devront agir s'ils veulent maintenir leurs garanties. Ce délai

écoulé, ils ne pourront s'en prendre qu'à eux des conséquences dommageables de leur inactivité. « Vigilantibus jura subveniunt, non dormientibus ».

Par exception, lorsque la société absorbante a acquis la raison sociale de la société absorbée, sa responsabilité s'étend à l'universalité des engagements de cette dernière, sans limitation d'aucune sorte, suivant l'article 25 du Code du Commerce.

4° *En rémunération de l'apport net réalisé, les associés de la société absorbée vont recevoir en paiement :*

soit des espèces,

soit des obligations,

soit même des actions ou des parts d'intérêts.

Dans les deux premiers cas, il y a vente. Dans le troisième il y a fusion puisque les droits des apporteurs, sans être modifiés dans leur nature, sont trasférés de la société absorbée dans la société absorbante.

ARTICLE 305

L'article 305 du Code du Commerce est le premier qui figure sous le titre « Fusion ». Il constitue une exception à l'article 303 et s'applique lorsque les trois conditions suivantes sont réunies :

a) la société absorbante doit être une société par actions.

b) elle doit être de nationalité allemande (1).

c) la rémunération de l'apport doit consister exclu-

(1) Ullmann. — Die Verrausserung des Vermogens einer A. G. im Ganzen-Leipzig Dunker 1915, paragraphe 12, p. 51.

sivement en actions de la société absorbante, sauf certains versements compensatoires.

Le contrat de fusion nécessite les mêmes conditions que précédemment en ce qui concerne la validité de la résolution prise par l'Assemblée générale de la société absorbée. Il en est de même pour la société absorbante. D'autre part, les effets du contrat de fusion sont identiques à ceux examinés à propos de l'article 303.

ARTICLE 306

L'article 306 est une variété de l'article 305. Il concerne le type parfait de la fusion, l'« Eigentliche Fusion ». Il exige, pour son application, les mêmes conditions que l'article précédent. Il ne diffère d'ailleurs de ce dernier que parce qu'il permet d'éviter la liquidation. C'est l'instantaniété de la fusion qui lui donne son caractère original.

Pourvu que la volonté des parties intéressées soit nettement formulée, il leur est loisible d'éviter la liquidation spéciale. Le consentement des parties peut être exprimé soit par un acte notarié, soit par un acte sous seing privé. Il peut intervenir au moment même de la fusion ou postérieurement, dans un acte séparé. La jurisprudence admet, du reste, qu'il peut s'induire de circonstance de fait, notamment de la rédaction du contrat.

La société absorbée est réputée éteinte dès après l'enregistrement de la décision de son assemblée générale relative à la fusion avec exclusion de liquidation. Tout le patrimoine passe alors à la société absorbante en succession universelle.

Mais la confusion du patrimoine des deux sociétés ne s'opère pas immédiatement. Le législateur n'a pas voulu que la sécurité des créanciers fut atteinte par la rapidité de l'opération. Il a indiqué expressément que le patrimoine de la société absorbée devait être géré séparément pendant un an.

En définitive, la liquidation de la société absorbée n'est pas complètement exclue ; elle se passe seulement à l'intérieur de la société absorbante qui devient, dès l'acceptation de l'apport, la débitrice des créanciers de la société éteinte en même temps que la propriétaire de son actif.

Jusqu'à la fin du « Sperrjahr », elle doit gérer cet apport séparément, de telle sorte qu'eu égard aux créanciers de la société absorbée, il continue, pendant un an, à figurer le patrimoine de celle-ci. En vertu de cette fiction légale, les créanciers de la société absorbée sont assurés de ne pas être plus maltraités qu'avant la fusion et de conserver leur garantie réelle primitive.

Cette réserve faite, rien ne s'oppose à la disparition intégrale des organes de direction de la société absorbée au profit de ceux de la société absorbante qui assurent l'entière responsabilité de la gestion de l'apport pendant le « Sperrjahr ».

Quant à la répartition des titres aux apporteurs, elle ne peut avoir lieu qu'un an après la dernière publication légale concernant les créanciers. A partir de ce moment, la confusion des deux patrimoines est définitivement réalisée.

ARTICLE 304

L'article 304 vise la « Verstaatlichung » c'est-à-dire l'étatisation. Il constitue une exception à l'article 303. L'acquéreur du patrimoine de la société dissoute doit être le Reich, un des Etats de la Confédération ou un syndicat de communes. La procédure qu'indique cet article est semblable à celle déterminée par l'article 306.

II. — Son Statut Fiscal

En Allemagne, la fusion considérée en soi est frappée de deux taxes :

1°) La « **Gesellschaftsteuer** » ou taxe sur la constitution des sociétés qui atteint le montant des valeurs que la société absorbante s'est annexée, quelle que soit la nature de celles-ci : espèces en caisse, titres, matériel, immeubles. En matière de fusion le taux de l'impôt est de 1 %.

2°) La « **Grunderwerbsteuer** » (taxe sur les mutations foncières) est un impôt qui se superpose au précédent lorsque l'apport consiste en des immobilisations. Le taux en est de 1,50 %.

D'autre part, à l'occasion de la fusion, deux autres droits peuvent être dus. Il s'agit de la « Kœrperschaftsteuer » et de la « Wertpapiersteuer ».

La « **Kœrperschaftsteuer** » n'est pas une imposition caractéristique des fusions. C'est une taxe annuelle qui frappe le revenu des sociétés et des entreprises. La réglementation allemande contenue dans les lois des 30 mars

1920, 8 avril 1922 et 10 août 1925 (art.. 14) stipule qu'au cas de dissolution d'une société à but lucratif, on considérera comme bénéfice réalisé au cours de la dernière période d'imposition la différence entre le montant de l'actif net à répartir et la valeur de l'actif social prise pour base d'imposition, l'année précédente. Un deuxième alinéa du même article 14 étend cette disposition au cas de fusion, lorsque l'actif d'une société est transféré à un tiers avec ou sans liquidation. On prendra alors comme terme de comparaison non pas l'actif à répartir mais « la valeur de la prestation effectuée en contrepartie du transfert ». Un troisième alinéa du même article 14 prescrit que les dispositions ci-dessus ne seront pas applicables dans le cas ou l'actif d'une société est transféré, dans son intégalité, à une société commerciale domiciliée en Allemagne (Inlaendische Erwebsgesellschaft). Pratiquement, la « Kœrperschaftsteuer » ne sera due qu'au cas d'apport partiel à une société allemande, ce qui, en droit, constitue une simple cession d'éléments d'actif.

Avant décembre 1923, le taux de l'impôt était de 20 % des bénéfices réalisés et 15 % des bénéfices distribués. Diverses modifications étant intervenues en 1923, 1924 et 1925, le compromis fiscal du 31 mars 1926 a fixé la taxation à 20 % du revenu net. Ce pourcentage est tout à fait transitoire et doit cesser après la période d'imposition 1928-1929 ou 1929, selon que l'exercice commercial de l'entreprise bénéficiaire correspond ou non à l'année civile.

La « **Wertpapiersteuer** » ou impôt sur les valeurs mobilières frappe la première transaction portant sur une

valeur mobilière. Les transactions ultérieures et successives sont soumises au paiement de la « **Bœrsenumsatztsteuer** » ou impôt sur les transactions en Bourse. La Wertpapiersteuer s'applique à raison de taux différents aux différentes catégories de valeurs mobilières étrangères ou nationales qui se subdivisent elles-mêmes en valeurs privilégiées, émissions des Etats, communes et autres associations du droit public et valeurs non privilégiées (valeurs des sociétés allemandes). Le taux de la Wertpapiersteuer applicable aux valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales allemandes est de 2 % depuis le 10 août 1925.

CHAPITRE III

LA FUSION EN ITALIE

I. — Son Statut Juridique

En se plaçant sous le régime de l'article 306 du Code de Commerce, il est permis aux sociétés allemandes qui fusionnent d'éviter la liquidation. D'autre part, lorsque la liquidation n'est pas écartée, la fusion est définitivement réalisée après l'expiration du « Sperrjahr », même si certains créanciers n'étaient pas payés, même s'ils faisaient opposition.

Plus encore que la législation allemande, la législation italienne protège les droits des créanciers. Pratiquement elle donne le maximum de garantie aux personnes que l'opération pourrait léser et juridiquement, elle détermine les effets du contrat de fusion en appliquant en cette matière les principes généraux qui régissent le le patrimoine quant à sa composition et à sa transmission.

D'après l'article 189 du Code du Commerce italien, la fusion est une cause de dissolution des sociétés com-

merciales. Celles-ci disparaissent à la suite de l'opération comme disparaitrait du monde juridique une personne physique par la mort. Or « mortus facit vivum possessorem » ; les droits et obligations de la personne décédée passent à ses héritiers ou à ses légataires. Il en sera de même pour la société bénéficiaire de la fusion qui, ayant acquis un patrimoine, pourra exercer le recouvrement des créances de la société éteinte et sera tenue de ses dettes.

Il s'ensuit de là que si en France, en Belgique, en Allemagne, c'est la volonté des associés qui crée la fusion, en Italie la réalisation de l'apport constitue la condition « sine qua non » de l'opération. Or la réalisation de la fusion ne dépend pas uniquement de la volonté des associés ; elle n'est possible que si tous les créanciers ont été désintéressés ou si aucun d'entre eux ne forme opposition. En Italie, l'intervention des créanciers peut rendre sans effets les décisions conformes des membres des sociétés.

Dans les sociétés de personnes, le consentement unanime des associés est exigé pour la fusion. Dans les sociétés de capitaux, sauf dispositions statutaires contraires (art. 89, 10° C. de C.), la fusion ne pourrait être délibérée que par une assemblée générale ou les 3/4 du capital seraient représentés. Les décisions devraient être prises à la majorité représentant au moins la moitié du capital social (art. 158, 3°) ((1).

(1) Le quorum est de la moitié et les décisions sont prises à la majorité ordinaire « lorsque la fusion répond à des nécessités d'intérêt public ». (Loi du 15 mai 1930, n° 678 (G. U. du 3 juin 1930) convertissant en loi le décret du 13 février 1930).

Le procès-verbal constatant l'accord des associés peut être rédigé soit par acte authentique, soit par acte sous seing privé Conformément aux articles 91, 94 et 95, il doit être publié ainsi que le dernier bilan de la société et la déclaration dans laquelle se trouve indiqué le procédé choisi pour désintéresser les créanciers sociaux.

Si, parmi les sociétés qui ont décidé la fusion, il s'en trouve qui soient constituées par actions, le procès-verbal constatant la décision des associés, le bilan et la déclaration doivent être soumis à la Chambre du Conseil du Tribunal. « En visant que ces actes doivent être publiés dans les mêmes formes que les statuts, la loi a voulu les soumettre a tout le système de publicité prévu pour la constitution des sociétés par actions dont le tribunal tient les clefs » (1). Le juge doit examiner les pièces soumises uniquement du point de vue juridique. Il n'est pas compétent pour se prononcer sur l'utilité ou sur les conditions de la fusion.

A partir du moment ou les mesures de publicité prévues par la loi ont été effectuées, s'ouvre un délai de trois mois pendant lequel les créanciers des sociétés intéressées ont le droit de poursuivre le recouvrement de leur créance ou de faire opposition, s'ils ne sont pas payés. A noter que ce droit appartient non seulement à ceux dont la créance est exigible mais même aux créanciers à terme, comme les obligataires.

Pendant ce délai de trois mois (2), l'apport-fusion

(1) Vivante. — Traité de Droit commercial. Traduction fse de M. Escarra, n° 738.

(2) Ce délai peut être réduit à quinze jours lorsque la fusion est décidée dans un but d'intérêt public (Loi du 15 mai 1930, n° 678 précitée).

ne peut être effectué, sauf dans trois cas prévus par l'article 195.

1°) lorsqu'il est justifié du paiement de toutes les dettes socialles.

2)° lorsqu'il y a dépot de sommes correspondantes aux dettes à la Caisse des Dépots et Prêts.

3°) lorsque tous les créanciers ont donné leurs consentement. Les prescriptions légales étant établies en faveur des créenciers et pour les protéger contre un changement éventuel de la personne du débiteur. il est évident que, si les créanciers acceptent ce changement, la loi ne doit pas les en empêcher.

Au cours du délai, les sociétés continuent à exploiter séparément leur fonds. Elles tiennent une comptabilité distincte. Elles paient les créanciers qui se présentent et contractent de nouvelles dettes nécessitées par l'exploitation du fonds.

Le délai expiré, deux hypothèses peuvent se présenter :

1°) Aucun créancier n'a fait opposition. — Dans ce cas, l'apport du patrimoine peut être réalisé. La société nouvelle ou absorbante prend la place de la société disparue. « Elle assume les droits et les obligations de la société éteinte » (1).

2°) Un ou plusieurs créanciers non payés ont formé opposition. — L'activité de ces créanciers a pour effet de suspendre l'exécution de la fusion jusqu'à ce que l'opposition soit retirée ou repoussée par une décision judi-

(1) Article 196 du Code de Commerce.

ciaire qui ne soit plus susceptible d'opposition ni d'appel, c'est-à-dire, pratiquement, jusqu'au moment où les créanciers seront payés.

II. — Son Statut Fiscal

Jusqu'à la loi du 30 décembre 1923 (1), l'apport fusion était considéré, pour la perception des droits, comme un apport pur et simple. On appliquait à la fusion, suivant son mode de réalisation, les taxes qui frappent la constitution des sociétés ou leur augmentation de capital.

Ce système était vivement critiqué par les auteurs qui le qualifiaient d'excessif, « attendu que la fusion n'est vraiment qu'une soudure de deux patrimoines et que ni la totalité des biens mis en société ni les droits des associés sur ces dits biens ne se trouve modifiés » (2).

Faisant droit à ces critiques, l'article 81 de la loi d'enregistrement de 1923 a frappé la fusion de droits spécifiques dont voici le tableau (3) :

Apports mobiliers (y compris l'argent liquide).....	taux	0,40	%
Apports immobiliers :			
a) locaux industriels d'une valeur de 400 l.....	»	2	%
b) autres (au delà).....	»	8	%
c) immeubles à l'étranger, pour la tranche dépassant 1.000 l.....	»	5	%

(1) Cette loi qui porte le numéro 3.269 est contenue dans le supplément à la G. U. du 17 mai 1924, avec rectificatif G. U. 12 août 1924.

(2) Muggia. — Alcuni Quaesiti a proposito di fuzioni di Societa agli effeti fiscali — contenu ds Diritto e pratica tributaria, nov.-déc. 1927. page 287.

(3) Voir fiche de la Confédération générale de la Production Française, mars 1929 - 106.

Apports en marchandises :

a) matières premières ..... » 0,50 %
b) matières demi-ouvrées ..... » 1 %
c) articles de luxe..... » 2 %

Malgré la concession faite, le taux du droit lorsque la fusion comportait des immeubles était assez élevé. Il fut d'ailleurs modifié par la suite et réduit à 1,20 %.

D'autre part, la jurisprudence, elle aussi, voulut s'associer au législateur pour favoriser les fusions. Le 26 mai 1926, la Cour de Cassation italienne modifiait sa manière de voir (1). Désormais une taxation unique au tarif le plus élevé ne devait plus frapper l'apport entier ; une discrimination devait être opérée suivant la nature des biens qui se verraient frappés du droit qui leur est propre. Les Cours et les Tribunaux suivirent aussitôt l'orientation donnée par la Cour de Cassation (2).

Pour encourager la fusion des entreprises en adaptant la fiscalité aux nécessités de la concurrence économique internationale, le Gouvernement italien, dans un décret en date du 23 juin 1927, n° 1206, remplaça temporairement, jusqu'au 30 juin 1928, les droits proportionnels précédemment examinés par un droit fixe d'enregistrement et d'hypothèque de 10 lire. Ce décret fut converti en loi le 19 février 1928 sous le n° 340.

Dans la G. U. du 15 mars 1928 fut publié un nouveau décret (3) « prorogeant et étendant les facilités fiscales

(1) Foro italiano 1926, 1re Partie, p. 473.

(2) Dans le même sens 7 fév. 1929. Giur. Corti Regionali 1928, p. 115, 7 juillet 1927. Giurisprud. italiana, 1.1.1157.

(3) En date du 8 mars 1928, n° 406.

temporaires pour les actes de fusion des sociétés commerciales ». Ce décret ne comportait qu'un seul article, mais très important, ainsi qu'on le verra par le bref commentaire que nous en ferons.

Article unique du Décret du 8 mars 1928, n° 406 :

« L'efficacité du décret-loi du 23 juin 1927, n° 1206, contenant des facilités fiscales temporaires pour les actes de fusion des sociétés commerciales est prorogée au 30 juin 1929. Ces facilités sont applicables au cas où la fusion concerne des sociétés coopératives ou même des sociétés irrégulières, pourvu que ces dernières aient payé les droits auxquels elles auraient été soumises, si elles avaient été constituées régulièrement ».

« Le privilège fiscal temporaire de la fusion est également applicable aux modifications de statuts concommitantes, y compris les transformations des sociétés d'une espèce en une autre, ainsi que les augmentations concommitantes de capital effectuées en vue de faciliter les fusions et à leur occasion ».

« Les droits ordinaires d'enregistrement et d'hypothèque sont réduits à 1/4 pour les actes passés en forme publique jusqu'au 30 juin 1929 par lesquels une « ditta » ou société commerciale ou même une personne de droit public cède une de ses entreprises à une société commerciale légalement constituée avec obligation assumée dans l'acte par le cédant de s'abstenir d'exercer son activité dans le même domaine que celui de l'entreprise cédée, en concurrence avec le cessionnaire ».

« Le présent décret sera présenté au Parlement etc. ».

Plusieurs remarques doivent être faites sur ce décret qui a été converti en loi le 29 novembre 1928 sous le n 2756 et publié à la G. U. le 18 décembre 1928.

1° Il étend l'application du premier décret dans le temps (jusqu'au 30 juin 1929) et aussi dans l'espace, car

a) une question très discutée par la doctrine, sous l'empire de l'ancien article est résolue. Les sociétés coopératives qui, lors de leur constitution, sont frappées de droits qui leur sont propres et dont le taux est minime peuvent bénéficier du privilège fiscal en matière de fusion ;

b) une addition, à notre avis, malheureuse (et c'est aussi l'opinion de la doctrine italienne) a assimilé aux sociétés légalement constituées les sociétés irrégulières, pourvu qu'elles aient acquitté les droits. Dans ce texte, le législateur italien admet implicitement que le critérium de la validité, au moins en ce qui concerne la fiscalité, est le paiement des droits.

2° Les modifications statutaires concommitantes à la fusion jouissent du privilège fiscal, notamment les augmentations de capital, même quand celles-ci ne sont pas nécessaires mais simplement utiles à la fusion.

3° Dans son troisième paragraphe, le décret prévoit une cession d'actif effectué par une « ditta » (c'est-à-dire une firme exploitée sous la forme individuelle). La qualification donnée est juste ; dans ce cas, il ne peut y avoir fusion puisque celle-ci est par essence une cause

de dissolution qui ne peut jouer que dans le domaine social et ne peut atteindre les individus. Le décret a rapproché très justement de cette situation celle de la société qui aliène une de ses établissements ; elle non plus ne disparaît pas.

4° Le décret a été prorogé jusqu'au 30 juin 1930 par la loi du 27 juin 1929 n° 1173. G. U., 17 juillet 1929). En vertu du nouveau texte, le privilège fiscal s'étendra aux actes de fusion qui seront conclus en exécution de décisions prises avant le 30 juin 1930. Disposition nécessaire puisque le Code italien prohibe la réalisation effective de la fusion décidée, dans un délai de trois mois qui suit la décision prise (1).

---

(1) « Les mesures fiscales temporaires relatives aux fusions des sociétés commerciales » ont été prorogées jusqu'au 30 juin 1935 Décret du 13 février 1930, n° 37 art. 1, G. U. du 14 février 1930 converti en loi le 15 mai 1930).

CONCLUSION

Malgré l'absence de textes la définissant, la notion de fusion s'est dégagée peu à peu de la pratique. A cette notion, la jurisprudence a appliqué les principes généraux du droit et les dispositions législatives qui régissent les contrats innommés.

Faisant prédominer l'esprit sur la lettre, les juges sont arrivés bien souvent à subordonner le droit à l'équité. Toutefois le système actuel n'est pas sans préjudicier parfois aux créanciers des sociétés apporteuses.

Les créanciers à créance exigible seront parfois lésés du fait de la fusion. Deux situations peuvent se présenter.

1° Ou bien l'apport a été consenti à des conditions désastreuses. En retour d'un actif de consistance importante, des titres de valeur sensiblement moindre ont été remis ; mais alors, si la fusion a causé ou augmenté l'insolvabilité de la société apporteuse, l'action paulienne pourra être exercée au cas de « consilium fraudis débitoris », chez la société absorbante.

2° Ou bien l'apport a été consenti à une société en mauvaise position. Si, malgré la prise en charge du passif de la société disparue, l'absorbante ne peut s'acquitter de ses obligations, les créanciers auront toujours le droit de poursuivre la société dissoute et d'exercer l'ac-

tion paulienne si on se trouve dans la même hypothèse que précédemment.

Mais, dans les deux cas prévus, l'exercice de l'action paulienne nécessite la preuve de la complicité de fraude du sous-acquéreur, si la société absorbante a aliéné les éléments d'actif qui lui avaient été transmis. Or cette preuve sera, nous l'avons vu, très difficile à rapporter.

La situation est encore plus aléatoire pour les créanciers à terme. Ceux-ci, en effet, doivent subir l'état de choses résultant de la fusion jusqu'au moment où leur créance sera exigible. Les biens apportés pourront être alors complètement perdus, soit à la suite de circonstances fortuites, soit du fait de la mauvaise administration de la société bénéficiaire. Si les créanciers se retournent contre la société disparue, les titres que celle-ci avait gardé pour se libérer auront perdu de valeur et l'action paulienne sera, dans le plus grand nombre des cas, impossible à exercer.

A notre avis, l'intervention du législateur sur ce point serait nécessaire et l'exemple de l'Italie nous paraît à imiter. Quoique décidée par les sociétés en cause, la fusion ne pourrait être réalisée que si les créanciers des sociétés fusionnantes ou absorbées ne s'y opposaient pas. La fusion étant susceptible de porter atteinte aux droits des créanciers, surtout des créanciers à terme, il est naturel que ces derniers puissent faire eux aussi opposition.

Afin que ce soit d'opposition ne soit pas théorique, des notifications devraient être faites à tous les créanciers sous forme de lettre recommandée. Ce système est

préférable à l'information par insertion qui, dans bien des cas, n'atteint pas ceux pour l'intérêt desquels elle est prescrite. L'envoi de la lettre ouvrirait, pour chaque créancier, un délai de trois ou six mois pendant lequel l'opposition serait possible.

Pour rendre la fusion réalisable, l'opposition devrait être levée soit volontairement, soit par voie judiciaire si l'opposant, ayant été réglé, se refusait à procéder à une mainlevée amiable. L'absence d'opposition de la part d'un créancier ferait présumer, de façon irréfragable, son acceptation de la société nouvelle ou absorbante comme nouveau débiteur, à la décharge de l'ancien. De ce fait, il nous semble que les intérêts des créanciers de la société apporteuse seraient efficacement protégés.

***

Quant au statut fiscal de la loi de 1928, nous avons fait connaître notre opinion à ce sujet dans notre deuxième partie. Les dispositions relatives au sursis de paiement en matière d'impôt cédulaire sur le revenu et d'impôt général nous semblent devoir être abrogées. Elles n'ont eu d'ailleurs que peu d'effet sur la multiplication des fusions qui s'est produite, depuis la promulgation de la loi de 1928.

Les autres dispositions nous paraissent devoir être maintenues en raison de la dépression économique actuelle et de la nécessité pour notre pays d'augmenter ses exportations. Toutefois la taxation de la prise en charge du passif à un droit fixe étant exorbitante, on devrait, selon nous, revenir au droit commun dès que les circonstances le permettraient.

Vu : *Le Président.*
A. AMIAUD.

Vu : *Le Doyen de la Faculté,*
DUEZ.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Lille,
CHATELET.

BIBLIOGRAPHIE

I. — La Fusion en Droit Français

Ouvrages généraux

Planiol. — Traité Elémentaire de Droit Civil.

Aubry et Rau. — Traité de Droit Civil, 5e édition.

Lyon-Caen, Renault et Amiaud. — Traité de Droit Commercial.

Houpin et Bosvieux. — Traité des Sociétés.

Allix et Lecerclé. — Les Impôts Français, l'impôt sur le revenu, impôts cédulaires, impôt général.

Ouvrages spéciaux

Amiaud. — Des Comptes de Réserves dans les Sociétés par actions.

De Noaillat. — Etude sur la Fusion de Sociétés. — Thèse Paris 1899.

Gourpel. — De la Fusion des Sociétés Anonymes. — Thèse Paris 1908.

Périodiques

La Gazette du Palais.

La Gazette des Tribunaux.

Le Journal des Sociétés.

La Revue des Sociétés.

L'Information.

La Journée Industrielle.

II. — La Fusion en Droit Etranger

Resteau. — Les Sociétés Anonymes devant les lois belges.

Le Moniteur Belge.

R. Liefman. — Die Konzern und Fusionsbewegung in der heutigen deutschen Volkswirtschaft-Bankwissenschaft 15-12-1917.

Ullmann. — Die Verausserung des Vermögens einer A. G. im Ganzen

Maquenne. — La Rationalisation et la Concentration des Entreprises devant la loi et le Fisc. — *La Réforme Economique*, 5 mai 1927.

Vivante. — Traité de Droit Commercial (Traduction française de M. Escarra).

La Gazeta Uficiale.

Diritto e pratica tributaria.

Foro italiano.